

# **Der Sportklub als Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem oder gemischtem Endzweck**

Dissertation  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Victor Stancescu**

von Dietlikon ZH

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt

und

Prof. Dr. Ulrich Haas

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 2. Oktober 2019

Die Dekanin: Prof. Dr. Brigitte Tag

## **Vorwort**

Mein Dank geht an Herrn Prof. Hans-Ueli Vogt, der mein Dissertationsprojekt betreut hat, sowie an Herrn Prof. Ullrich Haas für die Zweitbegutachtung.

Bedanken möchte ich mich auch bei den Rechtsanwälten Michael Kloter, Bernhard Heusler, Leo Weiss, dem Steuerexperten Patric Egger sowie den Professoren Prof. Urs Scherrer und Prof. Peter Forstmoser für die wertvollen Denkanstösse und Hinweise, sowohl dogmatischer als auch praxisbezogener Art.

Besonderer Dank gilt meinem Kollegen Rechtsanwalt Silvan Sdzuy und meiner Kollegin Mirjam Trunz für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Gewidmet ist die Arbeit meiner lieben Ehefrau Livia, die mich stets und bedingungslos in meiner juristischen und sportlichen Laufbahn unterstützt hat.

Zürich im Oktober 2019



# Inhaltsübersicht

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>VII</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XVII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>XXXI</b>
<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>XXXV</b>
<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>Kapitel 1 Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen</b>	<b>3</b>
I. Aktienrechtliche Grundlagen	3
II. Sportspezifische Grundlagen	30
III. Wirtschaftlichkeit der Schweizer Sportaktiengesellschaften	46
IV. Betrachtung der Zweckartikel der schweizerischen Sportaktiengesellschaften	54
<b>Kapitel 2 Sportklubs als Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck</b>	<b>61</b>
I. Wirtschaftlicher Endzweck der Sportaktiengesellschaft	61
II. Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für den Verwaltungsrat	66
III. Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für die Aktionäre	105
IV. Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für andere Interessengruppen	115
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	136
<b>Kapitel 3 Sportklub als Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck</b>	<b>141</b>
I. Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck	141
II. Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für den Verwaltungsrat	161
III. Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für die Aktionäre	175
IV. Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für andere Interessengruppen	195
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	209
<b>Kapitel 4 Sportklub als Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck</b>	<b>215</b>
I. Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck	215
II. Bedeutung des gemischten Endzwecks für den Verwaltungsrat	240
III. Bedeutung des gemischten Endzwecks für die Aktionäre	246
IV. Bedeutung des gemischten Endzwecks für andere Interessengruppen	254
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	259
<b>Kapitel 5 Anbindung des Gesellschaftszwecks an Dachverband</b>	<b>263</b>
I. Zweckanbindung an Dachverband	263
II. Bedeutung der Zweckanbindung für den Verwaltungsrat	277
III. Bedeutung der Zweckanbindung für die Aktionäre	283
IV. Bedeutung der Zweckanbindung für andere Interessengruppen	286
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	288
<b>Kapitel 6 Endzweck von Sportaktiengesellschaften in Konzern- bzw. Holdingstrukturen</b>	<b>291</b>
I. Konzernstruktur	291
II. «Sportklubkonzern	292

III.	Zusammenfassung der Ergebnisse	301
	<b>Kapitel 7 Gegenüberstellung und Schlussbetrachtung</b>	<b>303</b>
I.	Wirtschaftlicher, nichtwirtschaftlicher und gemischter Endzweck	303
II.	Verwaltungsrat	304
III.	Aktionäre	305
IV.	Andere Interessengruppen	306
V.	Schlusswort	308
	<b>Anhang I: Zweckartikel der schweizerischen Sportaktiengesellschaften</b>	<b>311</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>VII</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XVII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>XXXI</b>
<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>XXXV</b>
<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>Kapitel 1 Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen</b>	<b>3</b>
I. Aktienrechtliche Grundlagen	3
1. Aktiengesellschaft	3
a) Definition	3
b) Verselbständigung der Aktiengesellschaft	3
c) Typus der Aktiengesellschaft	4
d) Theorie der formalen Rechtsanwendung	5
2. Zweck der Aktiengesellschaft	7
a) Zweck der Aktiengesellschaft	7
b) Auslegung des Zwecks	7
c) Zweck im Handelsregister	8
d) Anlegerschutzfunktion des Zwecks	9
3. Endzweck	10
a) Wirtschaftlicher Endzweck	10
b) Anspruch auf Anteil am Bilanzgewinn gemäss Art. 660 Abs. 1 OR	10
c) Nichtwirtschaftlicher Endzweck	11
d) Gemischter Endzweck	11
4. Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld	12
a) Im Allgemeinen	12
b) Nebenzweck	12
c) Gegenstand	12
d) Bedeutung für Vertretungsmacht und Bedeutung für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen	13
5. Gewinnstrebigkeit	13
a) Begriff und Abgrenzung zum wirtschaftlichen Endzweck	13
b) Wirtschaftlicher Endzweck ohne Gewinnstrebigkeit?	14
c) Anspruch auf Gewinnstrebigkeit bzw. auf gewinnstrebige Geschäftsführung	15
d) Modifizierte Gewinnstrebigkeit	15
e) Abgrenzung zum kaufmännischen Unternehmen	16
6. «Gewinnorientierung»	16
a) Gewinnorientierung beim Verein	16
b) Gewinnorientierung bei der Aktiengesellschaft	17
7. Treue- und Sorgfaltspflicht	19
a) Gesetzliche Grundlage Art. 717 Abs. 1 OR	19
b) Treuepflicht	19
aa) Passive Komponente der Treuepflicht – Interessenwahrung durch Unterlassung	19
bb) Aktive Komponente der Treuepflicht – Interessenwahrung durch Tätigwerden	20

cc)	Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Treuepflicht	21
c)	Sorgfaltspflicht	21
aa)	Sorgfaltspflicht als Handlungspflicht	21
bb)	Sorgfaltspflicht als Massstab der konkreten Pflichtausübung	22
d)	Aktive Interessenwahrungspflicht im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR	22
e)	Adressaten der Treue- und Sorgfaltspflicht	23
f)	Rechtsnatur der Treue- und Sorgfaltspflicht	23
8.	Gesellschaftsinteresse	24
a)	Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses in der Lehre	24
aa)	Stakeholder-Value-Ansatz	24
bb)	Shareholder-Value-Ansatz	25
cc)	Gesellschaftsinteresse als Resultat einer Interessenabwägung	25
dd)	Unternehmensinteresse	26
b)	Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für das Gesellschaftsinteresse	27
9.	Haftung des Verwaltungsrats	28
a)	Zivilrechtliche Haftung	28
b)	Öffentlich-rechtliche Haftung	29
c)	Strafbarkeit	30
II.	Sportspezifische Grundlagen	30
1.	Sport	30
a)	Begriff Sport	30
b)	Bedeutung des Sports	31
c)	Sportrecht	32
2.	Organisierter Sport	33
a)	Sport als Gegenstand der Rechtsordnung	33
b)	Private Organisationsstruktur des Sports	34
c)	Rechtsformen der Verbandsmitglieder	35
aa)	Der Verein als traditionelle Rechtsform für Sportklubs	35
bb)	Objektiv-entstehungszeitliche Einbettung und Rechtsformpflicht	35
cc)	Sportaktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft	37
dd)	Sportaktiengesellschaften in der Praxis	40
ee)	Sportklub als Geflecht von Aktiengesellschaft und Verein	41
3.	Organisation von SIHF und SFV/SFL	44
a)	Struktur SIHF und Stellung der Sportaktiengesellschaften im Verband	44
b)	Struktur SFV und SFL und Stellung der Sportaktiengesellschaften	45
III.	Wirtschaftlichkeit der Schweizer Sportaktiengesellschaften	46
1.	Wirtschaftlicher Misserfolg im Schweizer Fussball und Eishockey	46
2.	Profit nicht erwirtschaften <i>können</i> – Ökonomische Ursachen für den Misserfolg	47
a)	Rangwettbewerb	47
b)	Assoziative Konkurrenz/Kooperanz	49
c)	Ursachen in Bezug auf die Prognostizierbarkeit des sportlichen Resultats	49
d)	Patenonkel	50
e)	Weitere Besonderheiten	51
f)	Bedeutung des ökonomischen Umfelds für den Verwaltungsrat	51
3.	Profit nicht erwirtschaften <i>wollen</i> – Mäzenatentum	52
4.	Abgrenzung zwischen Profit erwirtschaften <i>können</i> und <i>wollen</i>	53
IV.	Betrachtung der Zweckartikel der schweizerischen Sportaktiengesellschaften	54
1.	Betrachtung der Zweckformulierung	54
2.	Zweckartikel	54



3.	Einteilung der Sportaktiengesellschaften in Gruppen	55
a)	Kategorie «keine Hinweise auf einen nichtwirtschaftlichen Endzweck»	55
b)	Kategorie «Hinweise auf einen nichtwirtschaftlichen Endzweck»	56
c)	Kategorie «Hinweise auf einen gemischten Endzweck»	57
4.	Ergebnis	58
<b>Kapitel 2 Sportklubs als Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck</b>		<b>61</b>
I.	Wirtschaftlicher Endzweck der Sportaktiengesellschaft	61
1.	Begriff Sportaktiengesellschaft	61
2.	Auf Sportaktiengesellschaften anwendbares Recht	62
3.	Vermarktung des sportlichen Wettkampfs	62
4.	Verfolgung von sportlichen Zielen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft	63
a)	Sportliche Ziele und sportlicher Erfolg	63
b)	Wettkampfbezogene und nicht wettkampfbezogene sportliche Ziele	63
c)	Sportliche Ziele als ideelle Ziele	64
d)	Sport als Mittel zum Zweck	64
e)	Ist sportlicher Erfolg auch wirtschaftlicher Erfolg?	65
II.	Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für den Verwaltungsrat	66
1.	Verfolgung rein sportlicher Ziele unter wirtschaftlichem Endzweck	66
a)	Verfolgung rein sportlicher Ziele	66
b)	Verfolgung rein sportlicher Ziele als Spende bzw. Liberalität?	67
c)	Verfolgung rein sportlicher Ziele als sittliche Pflicht?	69
d)	Verfolgung rein sportlicher Ziele durch Genehmigung der Generalversammlung?	70
e)	Verfolgung rein sportlicher Ziele durch Kompetenzdelegation?	71
f)	Verfolgung rein sportlicher Ziele durch Entlastungsbeschluss?	72
g)	Verfolgung rein sportlicher Ziele als faktische Zweckänderung?	73
h)	Verfolgung rein sportlicher Ziele durch Aktionärsbindung?	74
i)	Verfolgung rein sportlicher Ziele durch gesellschaftsinterne Observanz?	76
j)	Zwischenergebnis	77
2.	Verfolgung rein sportlicher Ziele kraft Verbandsrecht	77
3.	Verfolgung wettkampfbezogener sportlicher Ziele in der Praxis	77
a)	Play-off-Gegner wählen	77
b)	Einnahmen durch Play-out/frühzeitige Qualifikation für die nächste Runde	78
c)	Interesse an der Krise und Desinteresse an der Dominanz	79
d)	Abstieg	79
e)	Teilnahme an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettkämpfen	80
f)	Freigabe von Spielern	81
g)	«Spektakuläre» bzw. «überbeuerte Spieler»	82
h)	Zwischenergebnis	83
4.	Verfolgung nicht wettkampfbezogener sportlicher Ziele in der Praxis	83
a)	Nachwuchsförderung	83
aa)	Unterstützung des Stammvereins	84
bb)	Unterstützung des übrigen Nachwuchses	85
b)	Freude am Sport/Förderung des eigenen Sports	85
c)	Soziokulturelle Ziele	86
d)	Zwischenergebnis	86
5.	Praxisprobleme in Bezug auf die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats	86
a)	Finanzverantwortung	87
b)	Umgang mit strukturellem Defizit in der Finanzplanung	87

aa)	Strukturelles Defizit	87
bb)	Sorgfaltspflicht zum Erhalt des Unternehmens	87
cc)	Gewinnstrebige Finanzplanung	88
dd)	Zwischenergebnis	89
c)	Umgang mit Gönnerbeiträgen	90
aa)	Begriff Gönnerbeitrag	90
bb)	Finanzplanung und <i>Going Concern</i> bei Gönnerbeiträgen	90
cc)	Zwischenergebnis	92
d)	Umgang mit Risiken, insbesondere mit dem <i>Klumpenrisiko</i>	93
aa)	Risikomanagement und Klumpenrisiko	93
bb)	Begriff Klumpenrisiko	93
cc)	Klumpenrisiko in der Sportaktiengesellschaft	94
dd)	Zwischenergebnis	97
6.	Interessenkollision bei Fan-Verwaltungsrat?	98
7.	Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung	99
a)	Zivilrechtliche Haftung im Besonderen	99
aa)	Haftung nach Art. 754 OR	99
bb)	Besondere Bedeutung der Reputation im Sport	100
cc)	Übernahmeverschulden im Besonderen	101
b)	Strafbarkeit	101
aa)	Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)	102
bb)	Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden (Art. 153 StGB)	102
cc)	Unwahre Angaben über kaufmännisches Gewerbe (Art. 152 StGB)	103
dd)	Weitere Straftatbestände	103
c)	Vertretungsmacht	104
8.	Zwischenergebnis und Würdigung	105
III.	Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für die Aktionäre	105
1.	Verletzung von Art. 660 Abs. 1 OR	106
2.	Verantwortlichkeitsklage	107
3.	Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen	108
4.	Aktienrechtliche Rückerstattungspflicht	110
5.	Rechtsfolgen betreffend Bestand der Sportaktiengesellschaft	111
a)	Rechts- oder Sittenwidrigkeit gemäss Art. 52 Abs. 3 ZGB?	111
b)	Auflösungsklage	112
6.	Faktische Organschaft	114
7.	Zwischenergebnis und Würdigung	114
IV.	Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für andere Interessengruppen	115
1.	Revisionsstelle	116
a)	Revisionsstelle im Allgemeinen	116
b)	Verfolgung von rein sportlichen Zielen als Statuten- und Gesetzesverstoss?	117
c)	Forderungen gegenüber Nahestehenden	118
2.	Gesellschaftsgläubiger	119
a)	Einfluss des wirtschaftlichen Endzwecks auf die Gesellschaftsgläubiger	119
b)	Organhaftung wegen pflichtwidriger <i>Bonitätsminderung</i>	120
3.	Steuern	121
a)	Steuerproblematik bei Sportaktiengesellschaften	121
b)	Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung	122
c)	Zuwendungen von nahestehenden Gesellschaften	124
d)	Zuwendungen von Nichtaktionären	126
e)	Zuwendungen der Sportaktiengesellschaft an Dritte	127

f)	Zwischenergebnis	127
4.	Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit	128
5.	Sportförderung durch die öffentliche Hand	129
6.	Dachverband	132
a)	Relevanz des wirtschaftlichen Endzwecks der Sportaktiengesellschaft für den Dachverband	132
b)	Weiterleitung und Zweckgebundenheit von geldwerten Vorteilen	133
c)	Verlängerung des wirtschaftlichen Endzwecks in den Dachverband?	133
d)	Rechtsfolgen bei wirtschaftlichem Vereinszweck	135
e)	Relevanz des Endzwecks für verbandsinterne Willensbildung	136
f)	Zwischenergebnis	136
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse	136
	<b>Kapitel 3 Sportklub als Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck</b>	<b>141</b>
I.	Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck	141
1.	Im Allgemeinen	141
2.	Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR im Rahmen der Aktienrechtsrevision	142
3.	Abgrenzungen	144
a)	Zur gemeinnützigen Aktiengesellschaft	144
b)	Zur modifizierten Gewinnstrebigkeit	144
c)	Zur Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung	145
d)	Zum ideell anmutenden Gesellschaftszweck	145
4.	Typen der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft	145
a)	Unterscheidung nach Gewinnerorientierung	145
b)	Unterscheidung nach dem Empfänger der Förderleistung	146
c)	Praktische Relevanz der Unterscheidungen	147
5.	Verwendungsgebiete in der Praxis	147
6.	Grundsatz der Klarheit beim nichtwirtschaftlichen Endzweck	148
a)	Erfordernis der ausdrücklichen Nennung	148
b)	Verkehrsschutzüberlegungen	149
c)	Grundsatz des öffentlichen Glaubens/Allgemeiner Gutglaubensschutz	150
d)	Klarheit in Bezug auf die aktive Interessenwahrungspflicht des Verwaltungsrats	151
e)	Klarheit in Bezug auf Steuerbefreiung	152
f)	Zwischenergebnis und Würdigung	152
7.	Bestimmtheit des Förderzwecks	153
a)	Förderzweck	153
b)	Förderzwecktätigkeit als Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks?	155
c)	Direkte und indirekte Förderzweckverfolgung	156
8.	Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks im Zweckartikel?	157
a)	Nichtwirtschaftlicher Endzweck im Zweckartikel	157
b)	Nichtwirtschaftlicher Endzweck ausserhalb des Zweckartikels	158
c)	Nichtwirtschaftlicher Endzweck als Statutenbestimmung über Gewinnverwendung	159
d)	Zwischenergebnis	160
9.	Nichtwirtschaftlicher Endzweck durch Aktionärsbindung	160
10.	Zwischenergebnis	160
II.	Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für den Verwaltungsrat	161
1.	Gesellschaftsinteresse bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft	161

a)	Definitionsbemühungen in der Lehre	161
b)	Vereinsinteresse?	162
c)	Stiftungsinteresse?	163
d)	Gesellschaftsinteresse bei modifizierter Gewinnstrebigkeit	163
e)	Förderinteresse	164
2.	Verfolgung rein sportlicher Ziele beim nichtwirtschaftlichen Endzweck	166
a)	Sport als Zweck der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft	167
b)	<i>Spending power</i> und Siegmaximierung	167
3.	Verfolgung wettkampfbezogener sportlicher Ziele	168
a)	Freiwilliger Abstieg	168
b)	Teilnahme an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettkämpfen	169
c)	Freigabe von Spielern	169
d)	Überteuerte Spieler	170
e)	Zwischenergebnis	170
4.	Verfolgung nicht wettkampfbezogener sportlicher Ziele	170
a)	Nachwuchsförderung	170
b)	Freude am Sport und soziokulturelle Ziele	171
5.	Praxisprobleme in Bezug auf die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats	171
a)	Umgang mit strukturellem Defizit in der Finanzplanung	171
b)	Umgang mit Gönnerbeiträgen	173
c)	Umgang mit Klumpenrisiko	173
6.	Strafrechtliche Aspekte	174
7.	Ergebnis und Würdigung	175
III.	Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für die Aktionäre	175
1.	Dividendenausschüttungsverbot	176
2.	Liquidation und Rückzahlung von Stammkapital	177
3.	Aktienrechtliche Rückerstattungspflicht	178
4.	Kompetenz über Fördermitteleinsatz	179
a)	Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR beim nichtwirtschaftlichen Endzweck	179
b)	Beschlusskompetenz der Generalversammlung über Förderzweckverfolgung?	180
c)	Machtverschiebung von der Generalversammlung zum Verwaltungsrat	181
5.	Endzweckänderung bei der bestehenden Aktiengesellschaft	182
a)	Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks	182
b)	Wiederaufnahme des wirtschaftlichen Endzwecks	183
c)	Wiederaufnahme der Gewinnstrebigkeit	186
d)	Beschluss zur Aufhebung des wirtschaftlichen Endzwecks/Quorum	186
6.	Verkauf mit Gewinn	188
a)	Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Aktien und Vertragsfreiheit	188
b)	Verwirklichung des wirtschaftlichen Endzwecks durch Verkauf mit Gewinn?	188
7.	Endzweckvinkulierung?	189
a)	Nichtwirtschaftlicher Endzweck als Vinkulierungsbestimmung	189
b)	<i>Escape clause</i> und wirklicher Wert	191
c)	Zwischenergebnis	193
8.	Weitere Aspekte	193
9.	Zwischenergebnis und Würdigung	194
IV.	Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für andere Interessengruppen	195
1.	Revisionsstelle	195
2.	Gesellschaftsgläubiger	196

a)	Einfluss des nichtwirtschaftlichen Endzwecks auf die Rechtstellung der Gesellschaftsgläubiger	196
b)	Fehlende Reservebildung im Besonderen	196
3.	Steuern	198
a)	Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung	198
b)	Zuwendungen von nahestehenden Gesellschaften	200
c)	Zuwendungen von Gönnern ohne Aktionärsstellung: Gemeinnützigkeit?	201
d)	Zuwendungen der Sportaktiengesellschaft an Dritte: Abzugsfähiger Aufwand?	202
e)	Weitere steuerrechtliche Konsequenzen	205
f)	Zwischenergebnis	206
4.	Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit	207
5.	Sportförderung durch die öffentliche Hand	207
6.	Dachverband	208
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse	209
	<b>Kapitel 4 Sportklub als Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck</b>	<b>215</b>
I.	Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck	215
1.	Zum Begriff	215
2.	Abgrenzungen	216
a)	Zum Nebenzweck	216
b)	Zum befristeten Verzicht auf Gewinnerwirtschaftung	216
c)	Zur modifizierten Gewinnstrebigkeit	216
d)	Zur nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft mit indirekter Förderzweckverfolgung	216
e)	Zur genossenschaftlichen Aktiengesellschaft	217
3.	Erscheinungsformen und Verwendungsgebiete	217
4.	Zulässigkeit des gemischten Endzwecks im Aktienrecht	219
a)	Fehlende gesetzliche Grundlage	219
b)	Zweckneutralität der Aktiengesellschaft?	219
c)	Art. 660 Abs. 1 OR als Rechtsgrundlage	220
d)	Zwischenergebnis	222
5.	Zulässige Ausprägungen der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck	222
a)	Verhältnis der Endzwecke zueinander	222
b)	Gemischter Endzweck bei anderen juristischen Personen	223
aa)	Gemischter Endzweck im Genossenschaftsrecht	223
bb)	Gemischter Endzweck im GmbH-Recht	224
cc)	Gemischter Endzweck im Vereinsrecht	225
dd)	Gemischter Endzweck im Stiftungsrecht	225
c)	Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung – gemischter Endzweck?	227
aa)	Begriff und Abgrenzung	227
bb)	Staat als alleiniger Anteilsinhaber	227
cc)	Staat und Private als Anteilsinhaber	228
dd)	Gemischter Endzweck der Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung	229
ee)	Zwischenergebnis	232
d)	Klares Verhältnis zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Endzweck	233
e)	Festlegung in Prozenten/Bruchteilen	234
f)	Beschränkung des Dividendenanspruchs	234
g)	Klare Über- und Unterordnung	236

aa)	Im Allgemeinen	236
bb)	Klar untergeordneter (nichtwirtschaftlicher) Förderzweck	237
cc)	Klar untergeordneter wirtschaftlicher Nebenendzweck	239
h)	Konstituierung des gemischten Endzwecks im Zweckartikel?	239
6.	Ergebnis	240
II.	Bedeutung des gemischten Endzwecks für den Verwaltungsrat	240
1.	Gesellschaftsinteresse bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck	240
2.	Verfolgung sportlicher Ziele beim gemischten Endzweck	241
a)	Sport als Mittel zum Zweck und als Selbstzweck	241
b)	Direkte und indirekte Förderzweckverfolgung	241
3.	Verfolgung sportlicher Zielen	243
4.	Gemischter Endzweck durch klare Unterordnung des Förderzwecks	243
5.	Praxisprobleme in Bezug auf die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats	244
6.	Strafrechtliche Aspekte	245
7.	Zwischenergebnis	245
III.	Bedeutung des gemischten Endzwecks für die Aktionäre	246
1.	Beschränkung der Dividendenausschüttung	246
2.	Liquidation und Rückzahlung von Stammkapital	248
3.	Aktienrechtliche Rückerstattungspflicht	249
4.	Kompetenz über Fördermitteleinsatz	249
5.	Endzweckänderung bei gemischtem Endzweck	249
a)	Endzweckänderung	249
b)	Beschluss über Endzweckänderung: Quorum	250
c)	Zweidrittelmehrheit bei Begründung eines klar untergeordneten Förderzwecks?	250
6.	Verkauf mit Gewinn	252
7.	Aktionärskategorien	252
8.	Zwischenergebnis und Würdigung	253
IV.	Bedeutung des gemischten Endzwecks für andere Interessengruppen	254
1.	Revisionsstelle und Gesellschaftsgläubiger	254
2.	Steuern	254
a)	Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung	255
b)	Zuwendungen von nahestehenden Gesellschaften und von Nichtaktionären	255
c)	Zuwendungen der Sportaktiengesellschaft an Dritte	256
d)	Zwischenergebnis	256
3.	Freiwilligenarbeit, Ehrenamtlichkeit und Sportförderung	256
4.	Dachverband	257
a)	Gemischter Endzweck der Sportaktiengesellschaften im Allgemeinen	257
b)	Gemischter Endzweck durch klar untergeordneten Förderzweck	257
c)	Gemischter Endzweck durch Dividendenbeschränkung	258
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse	259
	<b>Kapitel 5 Anbindung des Gesellschaftszwecks an Dachverband</b>	<b>263</b>
I.	Zweckanbindung an Dachverband	263
1.	Begriff	263
2.	Abgrenzungen	263
a)	Zur Mitgliedschaft beim Dachverband	263
b)	Zur klassischen konzernrechtlichen Unterwerfung	263

c)	Zum Förderzweck zugunsten des Stammvereins	264
3.	Erscheinungsformen	264
4.	Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafts- und Verbandsinteresse	264
5.	Rechtsbeziehung zum Dachverband	265
a)	Verein als regelnde Rechtsform	265
aa)	Nichtwirtschaftlicher Endzweck des Dachverbands	265
bb)	Vereinsmitgliedschaft einer Aktiengesellschaft	266
b)	Pflichten des Vereinsmitglieds	267
aa)	Pflichten des Vereinsmitglieds im Allgemeinen	267
bb)	Treuepflicht der Sportaktiengesellschaften in der SIHF und in SFV/SFL	267
cc)	Konkrete verbandsrechtliche Pflichten	268
6.	Zulässigkeit der Vereinsmitgliedschaft aus aktienrechtlicher Sicht	268
a)	Sportliche Ziele der Klubs und sportliche Ziele des Dachverbands	268
b)	Spannungsverhältnis zwischen Endzweck der Aktiengesellschaft und Endzweck des Dachverbands	269
c)	Spannungsverhältnis aufgrund von Beschränkung der Körperschaftsautonomie	270
aa)	Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB	270
bb)	Einschränkung der internen Willensbildung	271
d)	Zwischenergebnis	272
7.	Zulässigkeit der Zweckanbindung	272
a)	Ausgangslage	272
b)	Verstoß gegen Körperschaftsautonomie?	272
8.	Zweckanbindung als klar untergeordneter Förderzweck	273
9.	Zweckanbindung als Konzernbildung?	275
10.	Zwischenergebnis	276
II.	Bedeutung der Zweckanbindung für den Verwaltungsrat	277
1.	Gesellschaftsinteresse bei der Zweckanbindung	277
a)	Im Allgemeinen	277
b)	Modifikation der aktiven Interessenwahrungspflicht	278
c)	Ausübung des verbandsrechtlichen Wahl- und Stimmrechts	279
d)	Klubvertreter in Komitees und Kommissionen	280
2.	Bedeutung der Zweckanbindung bei der Verfolgung von sportlichen Zielen	282
a)	Verfolgung sportlicher Ziele	282
b)	Finanzielle Sorgfaltspflicht und strafrechtliche Aspekte	282
III.	Bedeutung der Zweckanbindung für die Aktionäre	283
1.	Zweckanbindung als klar untergeordneter Förderzweck	283
2.	Treuepflicht der Aktionäre	283
3.	Pflicht zur Anpassung der Statuten	284
4.	Vinkulierung/Multiple Club Ownership	285
5.	Zwischenergebnis und Würdigung	286
IV.	Bedeutung der Zweckanbindung für andere Interessengruppen	286
1.	Revisionsstelle, Gesellschaftsgläubiger, Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit sowie Sportförderung durch die öffentliche Hand	286
2.	Steuern	287
3.	Dachverband	287
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse	288
<b>Kapitel 6 Endzweck von Sportaktiengesellschaften in Konzern- bzw. Holdingstrukturen</b>		<b>291</b>

I.	Konzernstruktur	291
1.	Konzernbegriff	291
2.	Abgrenzung zur Holding	291
II.	«Sportklubkonzern	292
1.	Sportklubkonzerne in der Praxis	292
2.	Motive für die Konzernbildung	292
3.	Endzwecke in Konzernstrukturen	293
a)	Mutter- und Tochtergesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck	293
b)	Mutter- und Tochtergesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck	294
c)	Nichtwirtschaftliche Mutter- und wirtschaftliche Tochtergesellschaft	295
d)	Wirtschaftliche Mutter- und nichtwirtschaftliche Tochtergesellschaft	297
e)	Gemischte Endzwecke	298
4.	Steuerproblematik	298
5.	Stammverein als Tochteraktiengesellschaft	299
III.	Zusammenfassung der Ergebnisse	301
	<b>Kapitel 7 Gegenüberstellung und Schlussbetrachtung</b>	<b>303</b>
I.	Wirtschaftlicher, nichtwirtschaftlicher und gemischter Endzweck	303
II.	Verwaltungsrat	304
III.	Aktionäre	305
IV.	Andere Interessengruppen	306
1.	Revisionsstelle	306
2.	Gesellschaftsgläubiger	306
3.	Steuern	306
4.	Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit	307
5.	Sportförderung	308
6.	Dachverband	308
V.	Schlusswort	308
	<b>Anhang I: Zweckartikel der schweizerischen Sportaktiengesellschaften</b>	<b>311</b>



## Literaturverzeichnis

- AKERLOF GEORGE, The economics of caste and of the rat race and other woeful tales. Quarterly Journal of Economics, 90 (1976), S. 599 ff.
- BADDELEY MARGARETA, Gesellschaftsformen für Sportvereinigungen, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Band I, Bern 2013, S. 99 ff. (zit.: BADDELEY, Gesellschaftsformen für Sportvereinigungen)
- BADDELEY MARGARETA, L'association sportive face au droit: les limites de son autonomie, Diss. Genf 1994 (zit.: BADDELEY, L'association sportive)
- BÄR ROLF, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in: ZBJV 95/1959, S. 369 ff.
- BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001
- BAUMANN LORANT ROMAN, Der Stiftungsrat – Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Diss. Zürich 2009
- BERTSCHINGER URS, Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Schweizer Rainer J. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, S. 309 ff.
- BEYELER KARIN, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004
- BÖCKLI PETER, Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, in: ZBJV 129/1993, S. 475 ff. (zit.: BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge)
- BÖCKLI PETER, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, in: Druey Jean N./Forstmoser Peter (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Zürich 1994 (zit.: BÖCKLI, Kernkompetenzen)
- BÖCKLI PETER, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit.: BÖCKLI, Aktienrecht)
- BÖCKLI PETER, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: BÖCKLI, Rechnungslegung)
- BORER JÜRGE, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl., Zürich 2011
- BUCHSER MICHAEL, Liquiditätsbewirtschaftung im Cash Pool – aktuelle Hürden und Hindernisse im schweizerischen Privat- und Steuerrecht – Teil 2, in: StR 2011, S. 396 ff.
- BÜHLMANN LILIAN, Gläubiger als Stakeholder im Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich/St. Gallen 2015
- BUOB FRANZISKA, Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Diss. Zürich/St. Gallen 2008
- VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Bd. VIII/6, 2. Aufl., Basel 2005
- VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- BURGHARDT GABRIEL, Die Beteiligung an einer Fussballkapitalgesellschaft vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Betätigung von Idealvereinen, Diss. Lausanne 2012

- BÜRGI WOLFHART, Kommentar zur Aktiengesellschaft, Zürich 1957
- BUY FEÉDÉRIC/MARMAYOU JEAN-MICHEL/PORACCHIA DIDIER/RIZZO FABRICE, Droit du sport, 4. Aufl., Issy-les-Moulineaux 2015
- CAFLISCH SILVIO, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961
- VON DER CRONE HANS C., Aktienrecht, Bern 2014
- VON DER CRONE HANS C./BEYELER KARIN/DÉDEYAN DANIEL, Stakeholder im Aktienrecht, in: ZSR 2003 I, S. 409 ff.
- VON DER CRONE HANS C./MAUCHLE YVES, Rückerstattungspflicht nach Art. 678 OR, in: SZW 3/2015, S. 199 ff.
- DERUNGS VITUS, Ausbildungsentschädigungen im Fussball und Eishockey, Diss. Bern 2010
- DIACONU MADALINA, Droit économique et sport, Aspects suisses et internationaux, Basel 2015
- DIAS RAOUL, Der Verein als herrschendes Unternehmen im Konzern, Diss. Zürich/St. Gallen 2010
- DIETL HELMUT, Besonderheiten des Sports – Was rechtfertigt eine «eigene Ökonomik»? in: Emrich Eike/Pierdzioch Christian/Büch Martin-Peter (Hrsg.), Europäische Sportmodelle, Gemeinsamkeiten und Differenzen in international vergleichender Perspektive, Saarbrücken/Hamburg 2011, S. 17 ff.
- DIETL HELMUT/FRANCK EGON, Millisekunden und Milliarden, 30 Analysen zur Ökonomie des Sports, Zürich 2008 (zit.: DIETL/FRANCK, Millisekunden und Milliarden)
- DIETL HELMUT/FRANCK EGON, Effizienzprobleme in Sportligen mit gewinnmaximierenden Kapitalgesellschaften: Eine modelltheoretische Untersuchung, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft (ZfB), 70, 2000, S. 1157 ff. (zit.: DIETL/FRANCK, Effizienzprobleme)
- DIETL HELMUT/FRANCK EGON/ROY PATRICK, Überinvestitionsprobleme in einer Sportliga, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (BFuP), 55. Jg., S. 528 ff.
- DONATSCH ANDREAS, Die Bedeutung des Strafrechts für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Europa Institut Zürich, Band 171, Zürich 2016, S. 167 ff.
- DRENHAUS MARK, Das Gesellschaftsinteresse im Schweizer Aktienrecht, Diss. Basel 2015
- DREWES MICHAEL, Effizienzprobleme in europäischen Sportligen?, in: Wirtschaftsdienst 2002/2, S. 114 ff.
- DRUEY JEAN N./DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015
- DÜRR ROGER, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen: unter besonderer Berücksichtigung übermässiger Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, Diss. Zürich 2005
- DURRER ROBERT, Der Schutz der Gesellschaft vor Zweckänderungen, Diss. Bern 1955

- ELLIS JON/LYNAM IAN/SHAPIRO PAUL/REES BEN, in Chapter 5, England and Wales, in: Gurovits András (Hrsg.), *The Sports Law Review*, London 2015, S. 56 ff.
- ENGEL PHILIPP, *Sponsoring im Sport: Vertragsrechtliche Aspekte*, Diss. Zürich 2009
- FECHNER FRANK/ARNHOLD JOHANNES/BRODFÜHRER MICHAEL, *Sportrecht*, Stuttgart 2014
- FISCHER ALEX, Corporate Governance bei Stiftungen – von der Selbstverständlichkeit des Guten, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), *Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag*, Zürich 2006, S. 645 ff. (zit.: FISCHER A.)
- FISCHER DAMIAN, Rechtsfragen rund um die Freigabe von Geschäftschancen, in: *AJP* 7/2016, S. 932 ff. (zit.: FISCHER D.)
- FLEINER THOMAS, Ist Bosman heute noch zeitgemäss? Überlegungen zur Parallelität von Sport und Wirtschaft, in: Mahon Pascal/Nguyen Minh Son (Hrsg.), *L'activité et l'espace – Droit du sport et aménagement du territoire*, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, S. 17 ff.
- FORSTMOSER PETER, *Schweizerisches Aktienrecht, Band I/1, Grundlagen, Gründung und Änderung des Grundkapitals*, Zürich 1981 (zit.: FORSTMOSER, Aktienrecht)
- FORSTMOSER PETER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2. Aufl., Zürich 1987 (zit.: FORSTMOSER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit)
- FORSTMOSER PETER, Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, S. 701 ff. (zit.: FORSTMOSER, Sachausschüttungen)
- FORSTMOSER PETER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, in: *SZW* 1994, S. 169 ff. (zit.: FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung)
- FORSTMOSER PETER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), *Rechtsfragen um die Generalversammlung*, Zürich 1997, S. 85 ff. (zit.: FORSTMOSER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte)
- FORSTMOSER PETER, Wer «A» sagt, muss auch «B» sagen, Gedanken zur Privatisierungsdebatte (zit.: FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte) in: *SJZ* 98/2002, S. 193 ff., 217 ff. (zit.: FORSTMOSER, Gedanken zur Privatisierungsdebatte)
- FORSTMOSER PETER, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?, Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen, in: Kiesow Rainer Maria/Ogorek Regina/Simitis Spiros (Hrsg.), *Summa*, Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2005, S. 207 ff. (zit.: FORSTMOSER, Gewinnmaximierung)
- FORSTMOSER PETER, Profit – das Mass aller Dinge?, Zur Aufgabe börsenquotierter Unternehmen, in: Zäch Roger/Breining-Kaufmann Christine/Breitschmid Peter/Ernst Wolfgang/Oberhammer Paul/Portmann Wolfgang/Thier Andreas (Hrsg.), *Individuum und Verband*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich/Basel/Genf, S. 55 ff. (zit.: FORSTMOSER, Profit)
- FORSTMOSER PETER, Corporate Responsibility und Reputation, Zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: Vogt Nedim Peter/Stupp Eric/Dubs Dieter (Hrsg.), *Unternehmen*

– Transaktion – Recht, Liber amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, S. 197 ff. (zit.: FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation)

FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011 (zit.: FORSTMOSER, Organisation)

FORSTMOSER PETER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, S. 703 ff. (zit.: FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?)

FORSTMOSER PETER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, in: Sethe Rolf/Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 183 ff. (zit.: FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?)

FORSTMOSER PETER/JAAG TOBIAS, Der Staat als Aktionär, in: Druey Jean N./Forstmoser Peter, Schriften zum neuen Aktienrecht, Zürich 2010

FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit.: FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge)

FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktienrechtsreform in der letzten Etappe?, Teil I, in: SJZ 113/2017, S. 73 ff. (zit.: FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrechtsreform)

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996

FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN A., Persönliche Haftung nach Schweizer Recht – Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005

FORSTMOSER PETER/TAISCH FRANCO/TROXLER TIZIAN/INGRID D'INCA-KELLER, Der Genossenschaftszweck – gestern und heute, in: REPRAX 2/2012, S. 1 ff.

FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012

FORSTMOSER PETER/ZINDEL GAUDENZ G/MEYER BAHAR VALERIE, Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht, in: SJZ 9/2009, S. 205 ff.

FRANCK EGON, Die ökonomischen Institutionen der Team-sportindustrie, Wiesbaden 1995 (zit.: FRANCK, Team-sportindustrie)

FRANCK EGON, Private Firm, Public Corporation or Member's Association – Governance Structures in European Football, in: International Journal of Sport Finance (IJSF), 5, 2010, S. 108 ff. (zit.: FRANCK, Governance Structures)

FRANCK EGON, «Zombierennen» und «Patenonkel» – Warum deutsche Fussballklubs in der Champions League regelmäßig den Kürzeren ziehen, in: Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (zfbf), Sonderheft 62, 2010, S. 1 ff. (zit.: FRANCK, «Zombierennen» und «Patenonkel»)

FRANCK EGON, Financial Fair Play in European Club Football – What is it all about?, in: International Journal of Sport Finance (IJSF), 9, 2014, S. 193 ff. (zit.: FRANCK, Financial Fair Play)

- FRANCK EGON/MÜLLER JENS C., Problemstruktur, Eskalationsvoraussetzungen und eskalationsfördernde Bedingungen sogenannter Rattenrennen, in: Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (zfbf), 52, 2000, S. 3 ff.
- GABLER WIRTSCHAFTSLEXIKON, 18. Aufl., Wiesbaden 2014
- GERMANN SANDRO, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2015
- GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, Business Judgment oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, S. 287 ff.
- GLANZMANN LUKAS, Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, in: AJP 1997, S. 51 ff. (zit.: GLANZMANN, Kapitalausstattung)
- GLANZMANN LUKAS, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto Vito (Hrsg.), Sanierungen der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 19 ff. (zit.: GLANZMANN, Krisensituationen)
- GOLDSCHMIDT ROBERT, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, St. Gallen 1937
- VON GRAFFENRIED RENÉ, Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck im privaten Körperschaftsrecht, Diss. Bern 1948
- VON GREYERZ CHRISTOPH, Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Die Kapitalgesellschaften, Basel/Stuttgart 1982, S. 1 ff.
- GRÜNENFELDER MARC, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, Diss. Zürich/St. Gallen 2010
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit.: GUHL/BEARBEITER)
- GUROVITS ANDRÁS/MADONNA-QUADRI MARTINA/FISCHER RENÉ, Chapter 14, Switzerland, in: Gurovits András (Hrsg.), The Sports Law Review, London 2015, S. 183 ff.
- HAAS ULRICH, Loslösung des organisierten Sports aus der Umklammerung des nationalen Rechts, SJZ 106 (2010), S. 585 ff.
- HAAS ULRICH/MARTENS DIRK-REINER, Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis, Zürich 2012
- HABEGGER PHILIPP, Die Auflösungsklage der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Bern 1996
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Zürich 1994 (zit.: HANDSCHIN, Konzern)
- HANDSCHIN LUKAS, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Neuere Tendenzen im

Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 169 ff. (zit.: HANDSCHIN, Treuepflicht)

HANDSCHIN LUKAS, Der KMU-Konzern, in: GesKR 04/2008, S. 1 ff. (zit.: HANDSCHIN, KMU-Konzern)

HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, in: von Büren Roland (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Band VIII/9, Basel 2012 (zit.: HANDSCHIN, Rechnungslegung)

HANDSCHIN LUKAS, Good governance: Lessons for sports organizations?, in: Bernasconi Michele (Hrsg.), International sports law and jurisprudence of the CAS, Bern 2014, S. 117 ff. (zit.: HANDSCHIN, Good governance)

HASENBÖHLER STEFAN, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Diss. Zürich/Basel/Genf 2003

HÄUPTLI DANIEL, Wie lässt sich wirtschaftlichen Risiken im Eishockey wirksam begegnen?, in: CaS 2012, S. 166 ff.

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012

HEERMANN PETER W., Die Ausgliederung von Vereinen auf Kapitalgesellschaften, in: ZIP 1998, S. 1249 ff.

HEINI ANTON/PORTMANN WOLFGANG/SEEMANN MATTHIAS, Grundriss des Vereinsrechts, Basel 2009

HEUBERGER RETO, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Diss. Bern 2001

HIERL LUDWIG/WEIß RAIMUND, Bilanzanalyse von Fußballvereinen, Praxisorientierte Einführung in die Jahresabschlussanalyse, 2. Aufl., Wiesbaden 2016

HILPERT HORST, Die Geschichte des Sportrechts, Schriftenreihe Causa Sport Band 4, Zürich/Basel/Genf 2011

HOCHREUTENER HANS PETER, Verrechnungssteuer auf geldwerten Leistungen: Lockerung der Direktbegünstigungstheorie: Erleichterung bei der Sanierung nahestehender Gesellschafter, in: ST 2001, S. 87 ff.

HOLZER WOLFGANG/REISSNER GERT-PETER, Einführung in das österreichische Sportrecht, 3. Aufl., Wien 2013

HOMBURGER ERIC, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V/5b: Die Aktiengesellschaft; Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./GEISER THOMAS, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITER, Art. xx N yy)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WATTER ROLF, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016 (zit.: BSK OR II-BEARBEITER, Art. xx N yy)

HORCH HEINZ-DIETER/SCHUBERT MANFRED/WALZEL STEFAN, Besonderheiten der Sportbetriebslehre, Berlin 2014

HÜGI THOMAS, Sportrecht, Bern 2015

IZADI GIW D., EHC Kloten Sport AG: Die Revisionsstelle auf dem Glatteis, in: CaS 2012, S. 229 ff.

- JAAG TOBIAS, Der Staat als Aktionär, in: von der Crone Hans C./Weber Rolf H/Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 379 ff.
- JAKOB DOMINIQUE/STUDEN GORAN/UHL MATTHIAS, Verein – Stiftung – Trust – Entwicklungen 2011, njus.ch, Bern 2012
- JÖRG FLORIAN S., Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, S. 19 ff. (zit.: JÖRG, Verwaltungsrat in Gruppengesellschaften)
- JÖRG FLORIAN S., Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, S. 17 ff. (zit.: JÖRG, Vorratsgründung und Mantelhandel)
- JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER, Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), Bern 2015
- JUNG PETER/KUNZ PETER/BÄRTSCHI HARALD, Gesellschaftsrecht, Zürich 2016
- JURI DANIEL, Nachträgliche Genehmigung durch die GV als Rettungsanker für den zweckwidrig handelnden VR?, in: GesKR 04/2016, S. 478 ff.
- KÄGI URS, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke: Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Freiburg (Schweiz) 2012
- KAISER MARTIN, Sportrecht – Berücksichtigung der Interessen des Sports in der Rechtsordnung, Diss. Bern 2011
- KALBERMATTER ANDRÉ, Die Sportaktiengesellschaft, Diss. Zürich 2001
- KAUFMANN OTTO K., Das Recht auf Dividende, St. Gallen 1947
- KLÄY HANSPETER, Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Diss. Basel 1997
- KNOBLOCH STEFAN, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011
- KOLLER THOMAS, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in der Schweiz, in: Walz Rainer W./von Auer Ludwig/von Hippel Thomas (Hrsg.), Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, Tübingen 2007, S. 441 ff.
- KORFF NIKLAS, Sportrecht, Stuttgart 2014
- KORTHALS JAN P., Bewertung von Fussballunternehmen, Wiesbaden 2005
- KRATZ BRIGITTA, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1996
- KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005
- KUNZ PETER V., Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaft, in: Watter Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, S. 55 ff.
- LAMBERT CLAUDE A., Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1992

- LAMPRECHT MARKUS/BÜRGI RAHEL/GEBERT ANGELA/STAMM HANSPETER, Sportvereine in der Schweiz, Entwicklungen, Herausforderungen und Perspektiven, Zürich/Magglingen 2017
- LANZ MARTIN/TRIEBOLD OLIVER, Der Rechtskleidwechsel eines Vereins in eine Aktiengesellschaft, in: SZW 72 (2000), S. 57 ff.
- LASSERRE ANDRÉ, La société anonyme à but non économique en droit suisse, Thèse Lausanne 1976
- LAZOPOULOS MICHAEL, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrats, Diss. Zürich 2004
- LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, II. Teil, Art. 49–101 DBG, Therwil/Basel 2004 (zit.: LOCHER, DBG-Kommentar)
- LOCHER PETER, Unternehmenssteuerrecht, in: Behnisch Urs R./Marantelli Adriano (Hrsg.), Beiträge zur Methodik und zum System des schweizerischen Steuerrechts, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. em. Dr. iur. Peter Locher, Bern 2014, S. 301 ff. (zit.: LOCHER, Unternehmenssteuerrecht)
- LÓPEZ BATET JORDI/VÁZQUEZ MORAGA YAGO, Chapter 13, Spain, in: Gurovits András (Hrsg.), The Sports Law Review, London 2015, S. 172 ff.
- MADÖRIN BERNHARD, Der KMU-Verwaltungsrat 2013, Bern 2013
- MEIER ROBERT, Die Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012
- MOMMENDEY FRITZ, Unternehmensrecht der Schweiz, Handbuch für Lehre und Praxis, Altstätten 2009
- MÜLLER ROLAND, SCHMID OLIVER, Die Haftung des Vereinsvorstandes, insbesondere bei Flugsportvereinen, in: Breitschmid Peter/Portmann Wolfgang/Rey Heinz/Zobl Dieter, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 229 ff.
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- NAGEL THOMAS, Die statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien, in: AJP 2015, S. 190 ff.
- NETZLE STEPHAN, Sponsoring von Sportverbänden, Diss. Zürich 1988
- NEUHAUS MARKUS, Erfahrungen aus steuerrechtlicher Sicht, Kritische steuerliche Aspekte des neuen Aktienrechts, in: ST 1994, S. 985 ff. (zit.: NEUHAUS, Erfahrungen)
- NEUHAUS MARKUS, Verdeckte Gewinnausschüttung, in: Neuhaus et al., Schriftenreihe Treuhandkammer, Band 150, Zürich 1997, S. 13 ff. (zit.: NEUHAUS, Verdeckte Gewinnausschüttung)
- OBERSON XAVIER [et al], StG Kommentar Stempelabgaben, Zürich 2006 (zit.: StG-Kommentar BEARBEITER, Art. xx N yy)
- OSWALD DENIS, Associations, fondations et autres formes de personnes morales au service du sport, Bruxelles 2010
- PACHMANN THILO, Sportverbände und Corporate Governance, Diss. Zürich 2007



- PAULI RUDOLF, Ausgliederung des Lizenzspielbetriebs von Fussballvereinen in Kapitalgesellschaften – Gründe, Risiken und haftungsrechtliche Auswirkungen, in: CaS 2007, S. 298 ff.
- PETER HENRY, La société sportive «idéale»: Association ou société? Coopérative ou anonyme?, in: Baddeley Margareta (Hrsg.), La forme sociale des organisations sportives, Questions de responsabilité, Basel/Genf/München 1999, S. 23 ff. (zit.: PETER, La société sportive «idéale»)
- PETER HENRY, La forme juridique des clubs suisses: situation actuelle et perspectives souhaitables, in: Zen-Ruffinen Piermarco (Hrsg.), Comment améliorer la situation économique des clubs sportifs professionnels? Bern 2000, S. 7 ff. (zit.: PETER, La forme juridique des clubs suisses)
- PHILIPP PETER, Rechtliche Schranken der Vereinsautonomie und der Vertragsfreiheit im Einzelsport, Diss. Zürich 2004
- VON PLANTA ANDREAS, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981 (zit.: VON PLANTA, Haftung)
- VON PLANTA ANDREAS, Sind Aktionäre wirklich Eigentümer der Gesellschaft?, in: Oertle Matthias/Wolf Matthias/Breitenstein Stefan/Diem Hans-Jakob (Hrsg.), M & A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, S. 397 ff. (zit.: VON PLANTA, Aktionäre)
- PUNTE JEAN-HENRIC M., Die Kapitalgesellschaft als (zwingende) Rechtsform im deutschen Profifussball, in: SpuRt 2017, S. 46 ff.
- PURTSCHERT TINA, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des ehrenamtlichen Vereinsvorstandes, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012
- RASNIC CAROL D./RESCH REINHARD, «Lockout» – oder wie Arbeitskämpfe in der NHL geführt werden, in: CaS 2013, S. 173 ff.
- REICH MARKUS, Verdeckte Vorteilszuwendung zwischen verbundenen Unternehmen, in: ASA 54 (1985–1986), S. 609 ff.
- REICH MARKUS/WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahre 2001, in: FStR 2003, S. 221 ff.
- REIFFENSTUHL WALTER, Insolvenzverschleppung durch zu optimistische Fortbestehungsprognose bei Mannschaftssportklubs, in: Grundei Andreas [et al.] (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen des Berufssports, Wien 2014, S. 103 ff.
- REISINGER JOHANNES, Opportune Ausgliederung von Profisportabteilungen im Fussball, in: CaS 2012, S. 147 ff.
- RIEMER HANS M., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Dritter Teilband, Die Stiftungen Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89bis ZGB, Bern 1981 (zit.: BK-RIEMER Stiftungsrecht)
- RIEMER HANS M., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, Zweiter Teilband, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60–79 ZGB, Bern 1990 (zit.: BK-RIEMER Vereinsrecht)
- RIEMER HANS M., Vereinsinternes Verfahren bei Vereinsstrafen, in: CaS 2013, S. 296 ff. (zit.: RIEMER, Vereinsstrafen)

- ROBERTO VITO/TRÜEB HANS R. (Hrsg.), Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, Stämpfli Handkommentar, Bern 2012 (zit.: SHK OR-BEARBEITER, Art. xx N yy)
- RUSCH ARNOLD, Interzession im Interesse des Aktionärs, Diss. Zürich 2004 (zit.: RUSCH, Interzession)
- RUSCH ARNOLD, Observanz, Jusletter vom 18. September 2006 (zit.: RUSCH, Observanz)
- RÜTTER HEINZ/RIESER CORINA/HELLMÜLLER PINO/SCHWEHR TONIO/HOFF OLIVER, Sport und Wirtschaft in der Schweiz. Wirtschaftliche Bedeutung des Sports in der Schweiz, Magglingen 2017
- SANINO MARIO/VERDE FILIPPO, Il diritto sportivo, Padova 2015
- SANWALD RETO, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2009
- SCHÄFER BERND, Sportkapitalgesellschaften – Bericht über die Erfahrungen mit der rechtlichen Struktur der Deutschen Eishockey Liga (DEL), in: Scherrer Urs (Hrsg.), Sport und Recht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 1998, S. 17 ff.
- SCHENKER URS, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 17 ff. (zit.: SCHENKER, Anfechtung)
- SCHENKER URS, Verwaltungsrat in der Praxis – rechtliche Anforderungen, Zürich 2015 (zit.: SCHENKER, Verwaltungsrat in der Praxis)
- SCHERRER URS, Kapitalgesellschaften im Schweizer Sport, in: Scherrer Urs (Hrsg.), Sport und Recht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 1998, S. 9 ff. (zit.: SCHERRER, Kapitalgesellschaften)
- SCHERRER URS, Sportrecht im Spannungsrecht von Spiel und Wirtschaft, in: SJZ 94 (1998), S. 289 ff. (zit.: SCHERRER, Sportrecht im Spannungsfeld)
- SCHERRER URS, Die Aktiengesellschaft im Schweizer Fussball, in: SpuRt 1998, S. 42 ff. (zit.: SCHERRER, Die Aktiengesellschaft im Schweizer Fussball)
- SCHERRER URS, Aktuelle Rechtsfragen bei Sportvereinen, in: CaS 2005, S. 46 ff. (zit.: SCHERRER, Aktuelle Rechtsfragen bei Sportvereinen)
- SCHERRER URS, Zur Verantwortlichkeit der Organe von Sportvereinen und Sportkapitalgesellschaften, in: Arter Oliver (Hrsg.), Sport und Recht, 2. Tagungsband, Bern 2005, S. 223 ff. (zit.: SCHERRER, Verantwortlichkeit)
- SCHERRER URS, Wie gründe und leite ich einen Verein? 12. Aufl., Zürich 2009 (zit.: SCHERRER, Wie gründe ich einen Verein?)
- SCHERRER URS, Sportrecht im Wandel, in: Mahon Pascal/Nguyen Minh Son (Hrsg.), L'activité et l'espace – Droit du sport et aménagement du territoire, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, S. 5 ff. (zit.: SCHERRER, Sportrecht im Wandel)
- SCHERRER URS/GRETER MARCO, Der Verein in der Praxis – Organisation und Steuern, Zürich 2007
- SCHERRER URS/MURESAN REMUS/LUDWIG KAI, Sportrecht, Eine Begriffserläuterung, 3. Aufl., Zürich 2014

- SCHMUCKI DANIELA/NORDIN ANDREA, Sanierung und Steuern in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, Zürich 2014, S. 28 ff.
- SCHÖNENBERG DANIELA, Rechtliche Herausforderungen für Sozialunternehmen in der Schweiz, in: npoR 1/2013, S. 8 ff.
- SCHREIBER CHRISTIAN, Die Zweckbindung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1974
- SCHWAMMBERGER FRANK, Die vertragsrechtliche Behandlung des Kunstsponsorings in der Schweiz, Diss. Zürich 1993
- SCHWEIGHAUSER DAMIAN, TPO und Corporate Governance, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2017, S. 100 ff.
- SIEGWART ALFRED, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V, Aktiengesellschaft, Art. 620–659 OR, Zürich 1945
- SIFFERT RINO/TURIN NICHOLAS, Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013 (zit.: SHK HRegV-BEARBEITER, Art. xx N yy)
- SIMON GÉRALD/CHAUSSARD CÉCILE, Droit du sport, Paris 2012
- SIMONEK MADELEINE, Steuerbefreiung und Privatisierung, Ein Diskussionsbeitrag zur Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke, in: ST 3/00, S. 230 ff.
- SOMMER CHRISTA A., Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich 2010
- SPÖRRI BEAT, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss. Zürich 1996
- SPRECHER THOMAS/VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Die schweizerische Stiftung, Zürich 1999
- SPRECHER THOMAS/EGGER PHILIPP/VON SCHNURBEIN GEORG, Swiss Foundation Code 2015; Grundsätze und Empfehlungen für Förderstiftungen, Basel 2016
- STANCESCU VICTOR, Gibt es ein «Recht auf absichtliches Verlieren» im Turniermodus?, in: CaS 2016, S. 252 ff.
- STAUBER ERIC F., Das Recht des Aktionärs auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung, Diss. Zürich 1985
- VON STEIGER FRITZ, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970
- STEININGER THOMAS A., Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2011
- STÖCKLI ANDREAS, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsorganen von öffentlichen Unternehmen, Diss. Bern 2012 (zit.: STÖCKLI, Diss.)
- STÖCKLI ANDREAS, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2015, S. 111 ff. (zit.: STÖCKLI, Interessenkonflikte)
- STOFFEL ARMIN, Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen 1975

- SUMMERER THOMAS, 2. Teil Sport, Vereine und Verbände, in: Fritzweiler Jochen/Pfister Bernhard/Summerer Thomas (Hrsg.), Praxishandbuch Sportrecht, 3. Aufl., München 2014
- SUPINO PIETRO, Gedanken zum Konzept des Shareholder Value und Verantwortlichkeit bei der Unternehmensführung, in: AJP 3/1997, S. 354 ff.
- TANNER BRIGITTE, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V/5b: Die Aktiengesellschaft, Die Generalversammlung (Art. 698–706b OR), Zürich 2003 (zit.: ZK-TANNER).
- TAPPOLET KLAUS, Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1972
- THALER DANIEL, Haftung zwischen Wettkampfsportlern, Diss. Zürich 2002
- VIGANA MARIO/LARIOS FRANCISCO A., Chapter 9, Italy, in: Gurovits András (Hrsg.), The Sports Law Review, London 2015, S. 117 ff.
- VISCHER MARKUS, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, in: AJP 2013, S. 563 ff.
- VOGT HANS-UELI, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters. Registerrecht, Vertrauenshaftung, Ökonomie der Information, Diss. Zürich 2001 (zit.: VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters)
- VOGT HANS-UELI, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, in: AJP 2010, S. 1075 ff. (zit.: VOGT, Absichtsanfechtung und Sorgfaltspflicht)
- VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, in: GesKR 04/2012, S. 607 ff.
- WATTER ROLF, Gewinnverschiebung bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, in: AJP 2/96, S. 135 ff.
- WATTER ROLF/ROHDE THOMAS, Die Spendenkompetenz des Verwaltungsrates, in: Zäch Roger/Breining-Kaufmann Christine/Breitschmid Peter/Portmann Wolfgang/Thier Andreas/Ernst Wolfgang/Oberhammer Paul (Hrsg.), Individuum und Verband – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 329 ff.
- WATTER ROLF/SPILLMANN TILL, Corporate Social Responsibility, Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, in: GesKR, 02/2006, S. 94 ff.
- WEISSBUCH SPORT, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 11. Juli 2007, Anhang I: Sport und EU-Wettbewerbsvorschriften
- WIBMER JEANNETTE K. (Hrsg.), Aktienrecht, Kommentar: Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016 (zit.: OFK-Aktienrecht, Art. xx N yy)
- WILL MICHAEL R., La «société sportive» dans quelques ordres juridiques étrangers, in: Baddeley Margareta (Hrsg.), La forme sociale des organisations sportives, Questions de responsabilité, Basel/Genf/München 1999, S. 73 ff.

- WYSS KARL-MARC, Sicherheitskosten bei Fussball- und Eishockeyspielen: Eine Studie zu den Kostentragungspflichten am Beispiel der Stadt Bern, in: BVR 2011, S. 49 ff.
- ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, La forme juridique des clubs sportifs dans quelques états européens, in: Zen-Ruffinen Piermarco (Hrsg.), Comment améliorer la situation économique des clubs sportifs professionnels? Bern 2000, S. 7 ff. (zit.: ZEN-RUFFINEN, La forme juridique des clubs sportifs)
- ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, Droit du Sport, Zürich 2002 (zit.: ZEN-RUFFINEN, Droit du Sport)
- ZOBL DIETER/SCHWOB RENATE/GEIGER HANS/WINZELER CHRISTOPH/KAUFMANN CHRISTINE/WEBER ROLF H./KRAMER STEFAN, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand: 23. Nachlieferung 2015, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit.: BEG-Kommentar BEARBEITER, Art. xx N yy)
- ZÖLCH FRANZ A., Corporate Governance im Sport, in: Scherrer Urs/Zölch Franz A. (Hrsg.), Sportveranstaltungen im Fokus von Recht und Wirtschaft, Zürich 2004, S. 132 ff.
- ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL, DBG Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, 3. Aufl., Basel 2017 (zit.: BEARBEITER, in: Zweifel Martin/Beusch Michael (Hrsg.), Art. xx N yy)



## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	andere Meinung
Art.	Artikel
ASA	Zeitschrift ASA – Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
AS	Amtliche Sammlung der Stadt Zürich
Aufl.	Auflage
BASPO	Bundesamt für Sport
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheid)
BGer	Bundesgericht
bspw.	beispielsweise
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CaS	Causa Sport
CHF	Schweizer Franken
CSR	Corporate Social Responsibility
DEL	Deutsche Eishockey Liga
ders.	derselbe (Autor)
Diss.	Dissertation
DFB	Deutscher Fussballbund
E.	Erwägung
et al.	et alii

etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EVGE	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f./ff.	und folgende
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FN	Fussnote
FStR	IFF Forum für Steuerrecht
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
gl.M.	gleiche Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Habil.	Habilitation
HGer ZH	Handelsgericht des Kantons Zürich
Hrsg.	Herausgeber
IIHF	International Ice Hockey Federation
inkl.	inklusive
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
LS	Loseblattsammlung der Zürcher Gesetze
Mio.	Million(en)
m.H.	mit Hinweis
Mrd.	Milliarde(n)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Noten
NLA	Nationalliga A
NHL	National Hockey League
npor	Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen



NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖEHV	Österreichischer Eishockeyverband
ÖFB	Österreichischer Fussballbund
ÖFBL	Österreichische Fussball-Bundesliga
OGer ZH	Obergericht des Kantons Zürich
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
S.	Seite(n)
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft
SFL	Swiss Football League
SFV	Schweizerischer Fussballverband
SIHF	Swiss Ice Hockey Federation
SJ	Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder
StR	Steuerrevue
Swiss Olympic	Swiss Olympic Association
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich; bis 1989: Schweizerische Aktiengesellschaft)
u.a.	und andere
UEFA	Union des Associations Européennes de Football
VGer FR	Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg
vgl.	vergleiche
VGr ZH	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer

zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## Materialienverzeichnis

- Botschaft des Bundesrats über die Teilrevision des Obligationenrechts vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff. (zit.: Botsch. Aktienrechtsrevision 2016)
- Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl 2015 3617 ff. (zit.: Botsch. Handelsregisterrecht)
- Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Gewinnbesteuerung von juristischen Personen mit ideellen Zwecken vom 6. Juni 2014, BBl 2014 5369 ff. (zit.: Botsch. Gewinnbesteuerung)
- Botschaft des Bundesrats zum Sportförderungsgesetz und zum Bundesgesetz über die Informationssysteme des Bundes im Bereich Sport vom 11. November 2009, BBl 2009 8189 ff. (zit.: Botsch. Sportförderungsgesetz)
- Botschaft des Bundesrats zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff. (zit.: Botsch. GmbH-Recht)
- Botschaft des Bundesrats über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 745 ff. (zit.: Botsch. Aktienrechtsrevision 1983)
- Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I 204 ff. (zit.: Botsch. Aktienrechtsrevision 1936)
- Entwurf vom 23. November 2016 für die Änderung des Obligationenrechts (Revision des Aktienrechts), BBl 2017 683 ff. (zit.: E-OR 2016)
- Entwurf vom 15. April 2015 für die Änderung des Obligationenrechts (Revision des Handelsregisterrechts), BBl 2015 3617 ff. (zit.: E-OR Handelsregisterrecht)
- Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Steuerbefreiung von juristischen Personen mit ideellen Zwecken vom 10. April 2013 (zit.: EB-Steuerbefreiung)
- Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 29a vom 9. September 2015, Kapitaleinlageprinzip neues Rechnungslegungsrecht (zit.: KS ESTV-Kapitaleinlageprinzip)
- Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (zit.: KS ESTV-Sanierung)
- Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. Juli 1994, Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke (Art. 56 Bst. G DBG) oder Kultuszwecke (Art. 56 Bst. H DBG) verfolgen; Abzugsfähigkeit von Zuwendungen (Art. 33 Abs. 1 Bst. i und Art. 59 Bst. c DBG) (zit.: KS ESTV-Steuerbefreiung)

Motion Sommaruga 15.3586 «Internationale Sportverbände. Für klare Trennung von Aktivitäten mit ideellem und solchen mit gewinnorientiertem Zweck» vom 17. Juni 2015 (zit.: Mo. Sommaruga)

Postulat Wermuth 16.3471 «Internationale Sportverbände. Auswirkungen Rechtsformänderung» vom 16 Juni 2016 (zit.: Po. Wermuth)

Postulat Rytz Regula 15.3660 «Den rechtlichen Rahmen von Sportverbänden überprüfen» vom 18. Juni 2015 (zit.: Po. Rytz)

Schweizerische Steuerkonferenz, Praxishinweise zuhanden der Kantonalen Steuerverwaltungen vom 18. Januar 2003, Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke oder Kultuszwecke verfolgen. Abzugsfähigkeit von Zuwendungen, (zit.: SSK-Praxishinweise)

# Einleitung

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist die Beobachtung, dass alle Schweizer Sportklubs im Professional-Fussball und -Eishockey ab der Jahrtausendwende als Aktiengesellschaften organisiert wurden, es seither jedoch – nach Kenntnisstand des Autors – noch nie zu einer Dividendenausschüttung gekommen ist. Nicht umsonst ist in der Sportwelt die Binsenwahrheit zu hören: *«Wie kann man mit einem Sportklub ein kleines Vermögen verdienen? Indem man mit einem grossen Vermögen anfängt!»* In der Praxis scheint es so zu sein – was auch häufig aus Presseberichten hervorgeht –, dass die *Owner* gar keine wirtschaftlichen Vorteile anstreben oder sich sogar ausdrücklich auf die ideellen Motivationshintergründe ihres Engagements beziehen.<sup>1</sup> Die fehlende Kongruenz zwischen dem wirtschaftlich geprägten Gesellschaftsinteresse (Art. 717 Abs. 1 OR<sup>2</sup>) und den sportlichen Ambitionen von Aktionären und Entscheidungsträgern können nachteilige Konsequenzen wie Haftungs- und Steuerfolgen oder Anfechtungstatbestände nach sich ziehen. Darüber hinaus kann sich auch ein unfreundlicheres Klima in anderen Bereichen, wie etwa in den Beziehungen zu Ehrenamtlichen und zur öffentlichen Hand oder bei Steuerfragen im Umfeld der Sportklubs, ergeben. Eine Betrachtung der statutarischen Zweckartikel zeigt dabei, dass bisher noch kein einziger Klub von der Gestaltungsmöglichkeit der Aktiengesellschaft *zu anderen als wirtschaftlichen Zwecken* im Sinne von Art. 620 Abs. 3 OR Gebrauch gemacht hat.

Die wachsende Kommerzialisierung des Sports hat im Schrifttum den Einwand laut werden lassen, die traditionelle Organisation als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB<sup>3</sup> entspreche nicht mehr der wirtschaftlichen Bedeutung der Sportklubs und der Teamsportindustrie. Bei der Frage nach der geeigneten Rechtsform hat sich die Lehre mit verschiedenen Körperschaftsformen befasst,<sup>4</sup> sich jedoch nicht mit der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft oder der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck auseinandergesetzt. Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist demnach die Frage nach der geeigneten Endzweckprogrammierung einer Sportaktienaktiengesellschaft.

Das Kapitel 1 enthält zuerst einleitende, allgemeine Ausführungen zu den relevanten aktienrechtlichen und sportrechtlichen Begriffen. Danach folgt eine rechtstatsächliche Betrachtung, bei der

---

<sup>1</sup> So antwortete Philippe Gaydoul, ehemaliger *Owner* des EHC Kloten (damals noch Kloten-Flyers), in einem Interview auf die Frage, was ihm «die Flyers» persönlich bedeuteten: «Sie machen mir Freude. Ich habe Spass an diesem Team und am Eishockey. Wenn Leute allerdings von einem Investment sprechen, muss ich schmunzeln. Ein Investment sollte irgendwann Gewinn abwerfen, aber ein Sportclub? Da mache ich mir keine Illusionen. Der sollte sportlich und emotional etwas abwerfen: Wenn die Fans während des Spiels aufstehen und mitgehen, dann macht das Freude», Tagesanzeiger vom 24. April 2014, 42, «Da liegen Lichtjahre dazwischen».

<sup>2</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

<sup>3</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

<sup>4</sup> BADDELEY, Gesellschaftsformen für Sportvereinigungen, S. 99 ff.; HÜGI, § 8 N 29 ff.; KALBERMATTER, S. 29 ff.; PETER, La société sportive «idéale», S. 23 ff.; DERS., La forme juridique des clubs suisses, S. 7 ff.; SCHERRER, Aktuelle Rechtsfragen bei Sportvereinen, S. 46 ff.; DERS., Kapitalgesellschaften, S. 9 f.; DERS., Die Aktiengesellschaft im Schweizer Fussball, S. 42 ff.; ZEN-RUFFINEN, La forme juridique des clubs sportifs, S. 7 ff.

Wirtschaftlichkeit und Zweckartikel von Sportaktiengesellschaften untersucht werden. Die daraus resultierende Tendenz der fehlenden Profitabsicht und der regelmässigen Unrentabilität werden in Kapitel 2 im Lichte der gewöhnlichen Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck untersucht und es werden die sich ergebenden Problemkreise für Verwaltungsrat, Aktionäre und andere Interessengruppen herausgearbeitet. In Kapitel 3 wird als Hypothese angenommen, der Sportklub konstituiere sich als Aktiengesellschaft mit *nichtwirtschaftlichem Endzweck* und es wird untersucht, ob sich die beschriebenen Problemkreise dadurch entschärfen lassen und welche anderen Konsequenzen sich wiederum für Verwaltungsrat, Aktionäre und die anderen Interessengruppen ergeben würden. In den beiden nachfolgenden Kapiteln (4 und 5) wird dieselbe Vorgehensweise für die Aktiengesellschaft mit *gemischtem Endzweck* und für den Spezialfall der *Zweckanbindung an den Vereinszweck des Dachverbands* wiederholt. Danach folgt eine übergreifende Untersuchung des Endzwecks für Konzernverhältnisse, bevor im Schlusskapitel die hervorgegangenen Erkenntnisse einander gegenübergestellt und gewürdigt werden.

- 4 Ziel der Arbeit ist es letztlich, aufzeigen, welcher aktienrechtliche Endzweck für die möglicherweise unterschiedlich gelagerten Vorstellungen und Interessen der Akteure im Umfeld eines Sportklubs am besten passt.

# Kapitel 1 Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen

## Vorbemerkung

Im ersten Kapitel werden zunächst die für die vorliegende Arbeit zentralen aktienrechtlichen (I.) und sportspezifischen Grundlagen (II.) beschrieben. Danach folgt eine Untersuchung der relevanten rechtstatsächlichen Gegebenheiten, indem zuerst die Wirtschaftlichkeit und das wirtschaftliche Umfeld der Sportaktiengesellschaften dargestellt wird (III.) und schliesslich die Zweckartikel der Schweizer Sportaktiengesellschaften im Fussball und Eishockey betrachtet und gewürdigt werden (IV.).

5

## I. Aktienrechtliche Grundlagen

### Vorbemerkung

Der aktienrechtliche Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit dreht sich um den Zweck bzw. Endzweck der Aktiengesellschaft. Neben den für den Endzweck relevanten Merkmalen der Aktiengesellschaft (1.) ist auf den Zweck (2.), den Endzweck (3.) und den Gesellschaftszweck im Sinne des angepeilten Tätigkeitsfelds (4.) einzugehen. Weiter sind die Begriffe «Gewinnstrebigkeit» (5.) und «Gewinnorientierung» (6.) von Bedeutung. Schliesslich ist auf die Treue- und Sorgfaltspflicht (7.), das Gesellschaftsinteresse (8.) und die Haftung des Verwaltungsrats (9.) einzugehen.

6

### 1. Aktiengesellschaft

#### a) Definition

«Die Aktiengesellschaft ist eine kapitalbezogene Körperschaft, die in der Regel wirtschaftliche Zwecke verfolgt und ein kaufmännisches Unternehmen betreibt, für deren Verbindlichkeiten ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen haftet, und die ein in bestimmter Höhe festgesetztes, in Teilsummen (= Aktien und allenfalls auch Partizipationsscheine) zerlegtes Grundkapital (Aktienkapital und allenfalls Partizipationskapital) aufweist.»<sup>5</sup>

7

#### b) Verselbständigung der Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft ist eine juristische Person im Sinne von Art. 52 ff. ZGB. Sie besteht unabhängig von ihrem Mitgliederbestand und ist deshalb eine von ihren Mitgliedern weitgehend getrennte Einheit.<sup>6</sup>

8

---

<sup>5</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 12.

<sup>6</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 18 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 87 f.

Ihre Mitglieder – die Aktionäre – sind weder Eigentümer des Gesellschaftsvermögens noch sind sie anderweitig berechtigt, darüber zu verfügen.<sup>7</sup> Die einzige Leistungspflicht der Aktionäre besteht in der Zahlung des Ausgabebetrages für gezeichnete Titel.<sup>8</sup> Es gilt das sog. *Trennungsprinzip*, wonach zwischen Aktionären und Aktiengesellschaft eine vollständige, rechtliche und tatsächliche Sphärentrennung in persönlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht besteht.<sup>9</sup> Der verwehrte Eingriff auf die Führung und auf das Vermögen der Gesellschaft wird durch die grundsätzlich alleinige Haftung der Gesellschaft kompensiert.

### c) Typus der Aktiengesellschaft

- 9 Das schweizerische Gesellschaftsrecht ist vom Grundsatz des Formenzwangs und der Formenfixierung geprägt.<sup>10</sup> Das Gesetz stellt eine beschränkte Anzahl möglicher Gesellschaftsformen zur Verfügung (*numerus clausus*). Innerhalb einer gewählten Gesellschaftsform sind die gesetzlich zwingenden Minimalanforderungen einzuhalten.<sup>11</sup> Darüber hinaus lag dem Gesetzgeber eine gewisse Grundvorstellung, *ein Leitbild*,<sup>12</sup> zugrunde, als er die Rechtsordnung der Aktiengesellschaft festlegte.<sup>13</sup> Soweit die zwingend einzuhaltenden Merkmale, wie bspw. der Handelsregistereintrag, erfüllt sind, braucht die konkrete Ausgestaltung einer Aktiengesellschaft jedoch nicht diesem Leitbild zu entsprechen,<sup>14</sup> sondern kann auch vom Typus des Leitbilds abweichen, so dass in diesem Sinne von einer *atypischen Aktiengesellschaft* zu sprechen ist.<sup>15</sup>
- 10 Das Aktienrecht ist im Vergleich zu anderen Rechtsformen sehr liberal und weist eine *schwache Typenbindung* auf.<sup>16</sup> In diesem Sinne ist die Aktiengesellschaft von einer hohen Elastizität geprägt und eignet sich als Rechtsform für die Verwirklichung verschiedenster Absichten. So ist auch eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck gemäss Art. 620 Abs. 3 OR möglich, obschon sie nicht der

---

<sup>7</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 21 f. Die Rechtsträgerschaft kommt einzig der Aktiengesellschaft zu, weshalb nicht von Miteigentum der Aktionäre am Gesellschaftsvermögen gesprochen werden kann. In diesem Zusammenhang wird der Aktionär in der Lehre auch als Anteilseigner, also Eigentümer seiner erworbenen Titel bezeichnet, nicht aber als Eigentümer der Gesellschaft. Siehe dazu VON PLANTA, Aktionäre, S. 397 ff.

<sup>8</sup> Art. 680 Abs. 1 OR.

<sup>9</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 39.

<sup>10</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 70; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 2 ff.

<sup>11</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 70.

<sup>12</sup> Nach FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 4 ging der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Aktienrechts von einer mittelgrossen Publikumsgesellschaft aus, die wirtschaftliche Ziele verfolgt, gewinnstrebend und kapitalbezogen strukturiert ist sowie über ein relativ grosses Grundkapital und über eine veränderliche Vielzahl von Aktionären verfügt, die selbständig handeln und nur durch ihre Kapitalbeteiligung mit der Gesellschaft verbunden sind. Siehe dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 58. Ferner JUNG/KUNZ/BÄRTSCHL, § 3 N 11.

<sup>13</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 2. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 86 f.

<sup>14</sup> Diese vom zwingenden Recht bestimmten *Begriffsmerkmale* müssen eingehalten sein, damit überhaupt eine Aktiengesellschaft entsteht. Siehe dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 2.

<sup>15</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 2.

<sup>16</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 3.



vom Gesetzgeber angedachten, auf Gewinn gerichteten *Erwerbsgesellschaft* entspricht.<sup>17</sup> In der Lebenswirklichkeit vorkommende atypische Aktiengesellschaften werden als Realtypen der Aktiengesellschaft bezeichnet.<sup>18</sup> Eine Familienaktiengesellschaft ist bspw. – obschon eine atypische Aktiengesellschaft – ein typischer Realtypus, was zwangsläufig zur Frage führt, ob solche Realtypen aktienrechtlich in besonderer Weise berücksichtigt werden dürfen.<sup>19</sup> Diese Frage ist zu verneinen. Für alle Typen von Aktiengesellschaften – ob es sich nun um einen Industriekonzern oder eine Einmannaktiengesellschaft handelt – kommt dasselbe Recht zur Anwendung. In der Lehre wird dies als *Einheit des Aktienrechts* bezeichnet.<sup>20</sup>

Eine typologische Betrachtung vermag die Frage nach der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der konkreten Ausgestaltung einer Aktiengesellschaft nicht zu beantworten.<sup>21</sup> Einzig, wenn ein Merkmal eines Typus gegen zwingendes Recht verstösst, ist von der Unzulässigkeit auszugehen. Die atypische Ausgestaltung allein ist demnach nicht rechtswidrig<sup>22</sup> und stellt eine Organisationsform dar, die jedermann für seine Zwecke gebrauchen kann, sofern diese nicht rechts- oder sittenwidrig sind.<sup>23</sup> Eine *typengerechte Auslegung* im Sinne einer systematischen Auslegung hilft indessen, bestimmte Normen als Teil des Ganzen zu verstehen.<sup>24</sup>

#### d) Theorie der formalen Rechtsanwendung

Bei der soeben beschriebenen typengerechten Auslegung stellt sich die Frage, wie weit eine solche bei einer atypischen Aktiengesellschaft gehen kann oder, anders gesagt, in welchem Ausmass die Besonderheiten eines Lebenssachverhalts aktienrechtlich berücksichtigt werden dürfen. Bei der Beantwortung dieser Frage kommt es zunächst darauf an, ob es um die Anwendung einer *zwingenden* Norm oder um diejenige von *dispositivem* Recht handelt. Für das zwingende Recht gelten starre Schranken. Eine typengerecht ausgelegte zwingende Norm ist auf jeden atypischen Sachverhalt anzuwenden.<sup>25</sup>

<sup>17</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 54; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 10.

<sup>18</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 43 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 59.

<sup>19</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 60. Ferner JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 3 N 9. Vgl. auch DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 43 ff. mit weiteren Beispielen wie bspw. *Private-Equity-finanzierte Gesellschaft*, *Domizil-* («Briefkasten»-) und *Hilfsgesellschaft*, *Reservegesellschaft*, *Objektträgergesellschaft* oder *Special Purpose Vehicles*.

<sup>20</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 61. Die Einheit des Aktienrechts wird indessen an verschiedenen Stellen durchbrochen, insbesondere in Bezug auf Grossaktiengesellschaften. Für kleinere personenbezogene Aktiengesellschaften fehlt es demgegenüber weitgehend an Spezialbestimmungen. Siehe dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 75 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 56; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 62 f.

<sup>21</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 71.

<sup>22</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 74.

<sup>23</sup> GUHL/DRUEY, § 65 N 46.

<sup>24</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 74.

<sup>25</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 77. So braucht es auch bei einer Ein-Mann-Aktiengesellschaft einen gültigen Generalversammlungsbeschluss, damit eine Entnahme von Mitteln möglich ist. Ohne Einhaltung des formellen Verfahrens ist eine Dividende ausgeschlossen. Dasselbe gilt für die Wahl der Revisionsstelle, welche ebenso formell korrekt durchzuführen ist. Siehe dazu BGE 86 II 171 E. 1d S. 178 ff. Ferner DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 62 m.w.H.

- 13 Beim Umgang mit dispositivem Recht gibt es zwei Herangehensweisen. Zum einen kann im Sinne einer *freien richterlichen Rechtsfindung* gefordert werden, es sei der konkrete Lebenssachverhalt zu beachten und eine dafür angemessene Lösung zu finden. Demnach ist nicht starr auf die vom Gesetz fixierte Rechtsform abzustellen. Der Richter soll vielmehr auch im Gesellschaftsrecht dort eingreifen dürfen, wo es die Parteien, die den Gesellschaftsvertrag eingegangen sind, versäumt haben, die ihnen passende konkrete Ausgestaltung der Gesellschaftsordnung zu regeln. Dieser Eingriff erfolgt dann eben nicht durch bloße Auslegung der Rechtsordnung auf eine atypische Erscheinungsform, sondern auch auf dem Weg der Ergänzung durch den Richter, so dass ein individueller Zuschnitt auf den Einzelfall möglich wird.<sup>26</sup>
- 14 Demgegenüber basiert die *Theorie der formalen Rechtsanwendung* auf den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen des Formenzwangs und der Formenfixierung.<sup>27</sup> Gewährt das Gesetz Raum für eine dispositive Regelung, kann dieser innerhalb des zwingenden gesetzlichen Rahmens – aber nur in diesem – voll ausgeschöpft werden.<sup>28</sup> Versäumen es die Parteien den dispositiven Gestaltungsraum auszunutzen und eine abweichende Regelung aufzustellen, bleiben sie der für typische Aktiengesellschaften geltenden Ordnung unterstellt.<sup>29</sup> Die Theorie der formalen Rechtsanwendung gewährleistet so die Verkehrs- und Rechtssicherheit, den Schutz Dritter und den Schutz der Gesellschafter selbst.<sup>30</sup>
- 15 Von den beiden Ansätzen ist der Theorie der formalen Rechtsanwendung der Vorzug zu geben,<sup>31</sup> der zufolge sich der Richter an die vom Gesetzgeber vorgegebene Konfektion zu halten hat. Auch wenn die Anwendung einer Norm, die für die typische Aktiengesellschaft zugeschnitten ist, für den atypischen Einzelfall unpassend erscheint, ist es dem Richter untersagt, eine Lücke anzunehmen und diese im Sinne der freien richterlichen Rechtsfindung zu füllen. Ebenso unzulässig ist die analoge Anwendung von Bestimmungen anderer Gesellschaftsformen.<sup>32</sup> Diese würde zu einer Vermischung von Rechtsformen führen, welche mit dem Grundsatz des Formenzwangs nicht vereinbar wäre.<sup>33</sup>

---

<sup>26</sup> Zum Ganzen FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 79.

<sup>27</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 80.

<sup>28</sup> Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 57 ff., die dem Aktienrecht als Ganzem grundsätzlich zwingenden Charakter zuschreiben.

<sup>29</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 80.

<sup>30</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 80; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 5. Vgl. auch DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 57, wonach sich die Theorie der formalen Rechtsanwendung bei der Aktiengesellschaft gerade als Stärke erwiesen habe, da man bei der Aktiengesellschaft – im Gegensatz etwa zu Personengesellschaften – wisse, woran man sei.

<sup>31</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 80 f.

<sup>32</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 80a.

<sup>33</sup> Zum Ganzen FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 80a, mit Hinweis auf BGE 91 II 307 und die Rechtsprechung im Allgemeinen, die sich grundsätzlich konsequent gegen eine Typenvermischung ausspreche.

## 2. Zweck der Aktiengesellschaft

### a) Zweck der Aktiengesellschaft

Wesensmerkmal jeder Gesellschaft des Privatrechts ist – neben einer vertraglichen Grundlage zwischen mehreren Personen – die gemeinsame Zweckverfolgung.<sup>34</sup> Der Zweck des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses ist von zentraler Bedeutung und prägt das Innen- und Aussenleben einer jeden Gesellschaft.<sup>35</sup> Dabei gilt es zu unterscheiden zwischen Gesellschaftszweck im Sinne von Endzweck und Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld einer Gesellschaft.<sup>36</sup>

16

### b) Auslegung des Zwecks

Der Zweck ist Bestandteil der Statuten, welche sowohl mit Schuldverträgen als auch mit autonomen Satzungen Ähnlichkeiten aufweisen.<sup>37</sup> Nach welchen Regeln die Auslegung der Statuten zu erfolgen hat, ist für den konkreten Einzelfall zu bestimmen. Dabei spielt es eine Rolle, welcher Art die auszulegende Bestimmung ist und wessen Interessen durch sie geschützt werden sollen.<sup>38</sup> Handelt es sich um eine Streitigkeit aus dem Innenverhältnis, das heisst aus einem Rechtsverhältnis zwischen Personen, die bei der Festsetzung der Statuten beteiligt waren, sind die Regeln der Vertragsauslegung anzuwenden.<sup>39</sup> Ansonsten, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Statuten mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister Rechtswirkung gegenüber jedermann entfalten, sind die Regeln über die Gesetzesinterpretation heranzuziehen.<sup>40</sup>

17

Der Endzweck kann für die Aktionäre (gibt es Ausschüttungen?), für den Verwaltungsrat (muss betrieblicher Überschuss angestrebt werden?), für die Revisionsstelle (ist ein Antrag auf Ausschüttung statutenkonform?), für die Gesellschaftsgläubiger (Vertretungsmacht?) sowie für die am Rechtsverkehr teilnehmende Allgemeinheit, insbesondere für interessierte Investoren wie potentielle Anleger und mögliche Vertragspartner, von signifikanter Bedeutung sein.<sup>41 42</sup> Nur wenn Gewissheit über den Endzweck der Aktiengesellschaft besteht, kann auch Klarheit über Fragen betreffend Organhaftung,

18

<sup>34</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 2.

<sup>35</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 107; ZK-TANNER, Art. 704 N 26.

<sup>36</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 474; FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 47.

<sup>37</sup> Art. 626 Ziff. 2 OR. Siehe dazu SIEGWART, Art. 626 N 1.

<sup>38</sup> SIEGWART, Art. 626 N 2.

<sup>39</sup> SIEGWART, Art. 626 N 13. Vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 7 N 34. Siehe ferner BGE 87 II 89 E. 3 S. 95 f., wonach das Vertrauensprinzip vor allem dann gilt, wenn es um vermögensrechtliche Ansprüche von Mitgliedern gehe, die auch Gegenstand eines Vertrages zwischen ihnen hätten sein können.

<sup>40</sup> BGE 107 II 179 E. 4 S. 184 ff.; BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 620 N 7; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 625 ff. m.w.H. Differenzierter FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 7 N 48, wonach eine klare Trennung der beiden Auslegungsmethoden nicht ergiebig sei, vielmehr hätten zahlreiche Auslegungsgrundsätze Gültigkeit, wobei der Wortlaut den Ausgangspunkt einer jeden Interpretation darstelle, hernach aber der Kontext unter Berücksichtigung der statutarischen Ordnung entscheidend sei.

<sup>41</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 9 ff.

<sup>42</sup> Darüber hinaus kommen auch Behörden wie das Konkursamt oder Liquidatoren (bei einem allfälligen Konkurs) sowie Steuer- oder Strafbehörden in Frage.

Vertretungsmacht und Dividendenberechtigung geschaffen werden. Die Wirkung der Statuten entfaltet sich somit über das Innenverhältnis der Aktiengesellschaft hinaus,<sup>43</sup> weshalb die Grundsätze der Gesetzesauslegung anwendbar sind.

- 19 Die Auslegung von Rechtssätzen dient dazu, den Sinn einer Aussage zu ermitteln.<sup>44</sup> Das Bundesgericht verlangt eine Auslegung *ratio legis*.<sup>45</sup> Es ist danach zu fragen, was der Sinn des Gesellschaftszweckes als Bestandteil der Statuten ist. Anders wäre es, wenn die Grundsätze der Vertragsauslegung zur Anwendung gelangten. Dann müsste danach gefragt werden, was die Parteien tatsächlich wollten bzw. mit der entsprechenden Zweckformulierung gemeint hatten.<sup>46</sup> Eine solche Auslegung kommt für den Zweckartikel einer Aktiengesellschaft als verselbständigte Rechtsperson nicht in Frage. Entscheidend ist somit, was ein objektiver Dritter unter dem statutarischen Zweck versteht.<sup>47</sup>

### c) Zweck im Handelsregister

- 20 Gemäss Art. 1 HRegV<sup>48</sup> dient das Handelsregister der Konstituierung und der Identifikation von Rechtseinheiten und bezweckt die Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen, um dadurch Rechtssicherheit und den Schutz Dritter zu gewährleisten.<sup>49</sup> Für die vorliegende Arbeit ist insbesondere das handelsregisterrechtliche Publizitätsprinzip, das die Offenlegung der rechtlich relevanten Tatsachen verlangt, von Bedeutung.
- 21 Der Zweck der Aktiengesellschaft ist als rechtlich relevante Tatsache ins Handelsregister einzutragen (Art. 1 HRegV). Der Gesellschaftszweck wird in Art. 118 Abs. 1 HRegV ausdrücklich genannt, wobei verlangt wird, eine Rechtseinheit habe ihren Zweck so zu umschreiben, dass ihr Tätigkeitsfeld für Dritte erkennbar werde. Mit dem *einzutragenden Zweck* ist demnach nicht der Endzweck gemeint.<sup>50</sup> Das heisst aber nicht, dass der Endzweck nicht statutarisch erfasst werden müsste,<sup>51</sup> sondern beruht vielmehr auf der Annahme, es sei selbstverständlich und bedürfe deshalb keiner ausdrücklichen Erwähnung, dass die Aktiengesellschaft einen wirtschaftlichen Endzweck verfolge.<sup>52</sup> Soll der Endzweck der Gesellschaft kein wirtschaftlicher sein, ist hierfür eine ausdrückliche statutarische Grundlage erforderlich, die sich

---

<sup>43</sup> Vgl. KUNZ, S. 59 f.

<sup>44</sup> FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 2, 16 ff.

<sup>45</sup> Siehe zur Gesetzesauslegung BGE 121 III 219 E. 1d aa S. 224 ff.

<sup>46</sup> Vgl. FORSTMOSER/VOGT, § 20 N 22.

<sup>47</sup> KUNZ, S. 60.

<sup>48</sup> Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411).

<sup>49</sup> Ausführlich zum Zweck des Handelsregisters VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, § 3 N 1 ff.

<sup>50</sup> Vgl. SHK HRegV-CHAMPEAUX, Art. 118 N 1. Dritte sollen darüber Auskunft erhalten, was die Gesellschaft konkret zu tun gedenkt oder zu erreichen beabsichtigt.

<sup>51</sup> Die Pflicht zur Eintragung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks liesse sich wohl auch mit Art. 1 HRegV begründen, wonach rechtlich relevante Tatsachen offenzulegen sind.

<sup>52</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 46.

üblicherweise aus dem *Zweckartikel* ergibt.<sup>53</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die die Aufnahme des nichtwirtschaftlichen Endzwecks in den Zweckartikel verlangt, gibt es jedoch nicht.<sup>54</sup>

#### d) Anlegerschutzfunktion des Zwecks

Mit der Aktiengesellschaft sollte eine Gesellschaftsform zur Verfügung gestellt werden, die es ermöglicht, grosse Mengen an Kapital zusammenzufassen. Dadurch sollte auch kleinen Sparern die Möglichkeit eröffnet werden, sich an Unternehmen zu beteiligen. Durch die Ausrichtung auf eine Vielzahl teilnehmender Personen und aufgrund der Kapitalbezogenheit wurden die Mitwirkungsrechte der Gesellschafter minimal ausgestaltet.<sup>55</sup> Nachdem sich ein Anleger für die Beteiligung an einer Aktiengesellschaft entschieden hat, sind seine Einflussmöglichkeiten auf den Geschäftsgang bescheiden.<sup>56</sup> Ein typisches Merkmal – und auch eine wesentliche Stärke – ist nämlich darin zu erblicken, dass die Gesellschafter die Gesellschaft nicht selbst verwalten, sondern das Prinzip der Drittorganschaft gilt.<sup>57</sup> Die Aktionäre haben weder das Recht noch die Pflicht, die Geschäftsführung zu übernehmen. Stattdessen hat das Drittorgan – der Verwaltungsrat – den Willen der Gesellschafter durchzusetzen. Dieser ergibt sich aus dem vereinbarten gemeinsamen Zweck, der bei der Aktiengesellschaft dem statutarischen Zweck entspricht.<sup>58</sup> Nachdem die Statuten bei der Gründung fixiert wurden, beschränkt sich die Willensbildung der Gesellschafter auf die Stimmabgabe in der Generalversammlung, wobei auch hier die Entscheidungsbefugnisse erheblichen inhaltlichen Schranken unterworfen sind.<sup>59</sup> Der Gesellschaftszweck wird dabei durch zwei Normen geschützt: Zum einen verlangt Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR eine Mehrheit von zwei Dritteln für die Änderung des Gesellschaftszwecks im Sinne des Tätigkeitsfelds, zum anderen ist nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR die Zustimmung aller Aktionäre für den Beschluss über die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit erforderlich.<sup>60</sup> Der Gesellschaftszweck stellt somit für den Anleger eine relative Konstante dar. Für seine Entscheidung, in eine bestimmte Aktiengesellschaft zu investieren, wird der Gesellschaftszweck von grundlegender Bedeutung sein.<sup>61</sup> Gleichzeitig wird seine Entscheidung, in einen bestimmten Geschäftszweig zu investieren, durch das Aktienrecht geschützt.<sup>62 63</sup>

22

<sup>53</sup> SHK OR-WALDBURGER, Art. 626 N 5 in Bezug auf die Gewinnstrebigkeit.

<sup>54</sup> Siehe zum Verkehrsschutz und zum öffentlichen Glauben hinten N 422 ff.

<sup>55</sup> Zum Ganzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 13 ff.

<sup>56</sup> BSK OR II-DUBS/NOBEL, Art. 698 N 8, wonach die einzigen zwei Einflussmöglichkeiten des Aktionärs aus der Abwahl des Verwaltungsrates und der Änderung des Zwecks bestehen.

<sup>57</sup> BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 620 N 7; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 32.

<sup>58</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 122, 124.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 698 OR, welcher die Befugnisse der Generalversammlung definiert.

<sup>60</sup> Siehe betreffend Aufgabe bzw. Wiederaufnahme des wirtschaftlichen Endzwecks hinten N 538 ff.

<sup>61</sup> Vgl. STAUBER, § 1 N 14, wonach sich der Aktionär nicht primär der Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft, sondern vielmehr ihrem Zweck unterwerfe.

<sup>62</sup> GUHL/DRUEY, § 65 N 27, der Aktienkäufer solle nicht die «Katze im Sack» kaufen müssen.

<sup>63</sup> Zum Ganzen JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 3 N 9; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 4 ff.

### 3. Endzweck

- 23 Der Endzweck einer Gesellschaft ist deren Ziel im weitestgehenden Sinn. Er beschreibt sozusagen die «überschiessende Finalität» der Geschäftstätigkeit.<sup>64</sup> Die Aktiengesellschaft kann zwar entweder einen wirtschaftlichen oder einen nichtwirtschaftlichen Endzweck haben. Als Kapitalgesellschaft ist sie aber primär dafür konzipiert, eine wirtschaftliche Zielsetzung zu verfolgen.<sup>65</sup> Der Endzweck ist vom allgemeinen Gesellschaftszweck (vgl. nachfolgend) klar abzugrenzen.

#### a) Wirtschaftlicher Endzweck

- 24 Die wirtschaftliche Zielsetzung soll einerseits bewirken, dass ökonomische Vorteile erlangt werden, und andererseits, dass diese Vorteile den Gesellschaftern zukommen. Die Gesellschaft soll also Mehrwerte schaffen, welche zu einer ökonomischen Besserstellung der Gesellschafter führen. Die sich daraus ergebende Pflicht des Verwaltungsrats besteht nicht nur gegenüber den Aktionären, sondern auch gegenüber der Gesellschaft selbst.<sup>66</sup> Die erzielten Mehrwerte werden in der Aktiengesellschaft typischerweise als Dividenden an die Aktionäre ausbezahlt oder in der Gesellschaft zurückbehalten. Im zweiten Fall resultiert eine Steigerung des Unternehmenswertes, was letztlich früher oder später zu einem vermögensrechtlichen Vorteil der Gesellschafter führt.<sup>67</sup> Das wesentliche Abgrenzungskriterium zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Endzweck ergibt sich aus der Unterscheidung, ob die Gesellschaft auf das Ziel ausgerichtet ist, die ökonomische Situation der Beteiligten zu verbessern, oder ob diese Zielsetzung fehlt.<sup>68</sup> Es kommt nicht darauf an, ob die Aktionäre tatsächlich materielle Werte erhalten, sondern nur, ob sie solche erhalten *sollen*.<sup>69</sup> Der vermögensrechtliche Vorteil kann hierbei, muss aber nicht in Geld bestehen.<sup>70</sup>

#### b) Anspruch auf Anteil am Bilanzgewinn gemäss Art. 660 Abs. 1 OR

- 25 Gemäss Art. 660 Abs. 1 OR hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn.<sup>71</sup> Nach BÖCKLI ist der Grundsatz, dass das Recht auf Dividende unentziehbar ist, ein allgemein anerkannter Hauptsatz des Aktienrechts.<sup>72</sup> Es gilt als wohlerworbenes Recht. Als solche gelten alle

---

<sup>64</sup> VON PLANTA, Aktionäre, S. 399.

<sup>65</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 46.

<sup>66</sup> VON PLANTA, Aktionäre, S. 400.

<sup>67</sup> VON DER CRONE, § 2 N 47; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 51; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 6.

<sup>68</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 6.

<sup>69</sup> DURRER, S. 13.

<sup>70</sup> Vgl. zum ganzen DURRER, m.w.H. zu den Begriffen «wirtschaftlicher Erfolg», «ökonomischer Vorteil», «direkter finanzieller Vorteil», «unmittelbar materielle Werte» und «vermögensrechtliche Vorteile».

<sup>71</sup> Ebenso hat er gemäss Art. 660 Abs. 2 OR Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Ergebnis der Liquidation.

<sup>72</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 512 f. m.w.H.

jene Rechte, die den Aktionären nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden können.<sup>73</sup> Nicht zu verwechseln ist «unentziehbar» mit «unverzichtbar», denn der Aktionär hat gerade die Möglichkeit, im Rahmen der Generalversammlung auf die Ausschüttung einer Dividende zu verzichten.<sup>74</sup>

### c) Nichtwirtschaftlicher Endzweck

Die Aktiengesellschaft kann auch einen nichtwirtschaftlichen Endzweck verfolgen. Gesetzliche Grundlage hierfür ist Art. 620 Abs. 3 OR mit dem Wortlaut: «Die Aktiengesellschaft kann auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden.»<sup>75</sup> Bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck erlangen die Aktionäre keine geldwerten oder andere wirtschaftlichen Vorteile; stattdessen kommen diese Dritten oder der Allgemeinheit zu.<sup>76</sup> Als nichtwirtschaftliche Zwecke kommen sowohl ideelle als auch gemeinnützige<sup>77</sup> Ziele in Frage. Bei ideellen Motiven, wie sportlichen, kulturellen oder geselligen Zielen wird die Befriedigung von nichtwirtschaftlichen Bedürfnissen der Gesellschafter angestrebt. Bei gemeinnützigen Zielen werden zusätzlich materielle oder ideelle Bedürfnisse von Dritten befriedigt oder unterstützt.<sup>78</sup> Die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist als atypisch zu bezeichnen.<sup>79</sup>

26

### d) Gemischter Endzweck

Eine Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck verfolgt gemäss ihrem statutarischen Zweck zum einen Teil einen wirtschaftlichen und zum anderen Teil einen nichtwirtschaftlichen Endzweck.<sup>80</sup> Der Endzweck ist somit weder rein wirtschaftlich noch rein nichtwirtschaftlich. Das Gesetz sagt nichts darüber aus, ob ein gemischter Endzweck bei der Aktiengesellschaft zulässig ist.<sup>81</sup>

27

<sup>73</sup> BGE 120 II 47 E. 2b S. 49 f.; BGE 100 II 384 E. 4 S. 393; BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 660 N 1 ff. Ausführlich VON STEIGER, S. 172 ff.

<sup>74</sup> KNOBLOCH, S. 239 f.

<sup>75</sup> Art. 620 Abs. 3 OR soll im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision gestrichen werden. Siehe dazu hinten N 403 ff.

<sup>76</sup> Vgl. dazu DURRER, S. 31; MOMMENDAY, S. 58.

<sup>77</sup> Die «Gemeinnützigkeit» ist in der Schweizer Rechtsterminologie im Steuerrecht anzusiedeln (siehe hinten N 409 f.). Umgangssprachlich wird der Terminus «gemeinnützig» auch für Fälle verwendet, in denen bestimmbare Personengruppen durch Zuwendung von vermögensrechtlichen Vorteilen unterstützt werden, ohne dass dabei der Steuerstatus der steuerbefreiten Zuwendung gegeben ist.

<sup>78</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 6.

<sup>79</sup> Vgl. FORSTMOSER, Gewinnmaximierung, S. 213 FN 71, der in Bezug auf nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaften von «Exoten» spricht.

<sup>80</sup> Vgl. KRATZ, S. 87, die den Ausdruck *gemischte Zielsetzung* verwendet. Vgl. zudem DURRER, S. 14; VON GRAFFENRIED, S. 135 ff. Ferner STÖCKLI, Diss, S. 317 sowie DERS. Interessenkonflikte, S. 115 ff, der in Bezug auf die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft von *gemischter Zweckbestimmung* spricht. Vgl. weiter FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 220, der ebenfalls in Bezug auf die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft die Begriffe *gemischte Zielsetzung* und *gemischte Zweckbestimmung* verwendet.

<sup>81</sup> Diese Frage zu beantworten, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Siehe hinten N 653 ff.

## 4. Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld

### a) Im Allgemeinen

- 28 Mit dem Begriff Gesellschaftszweck ist das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft gemeint.<sup>82</sup> Der Gesellschaftszweck gibt in allgemeiner Form darüber Auskunft, was eine Gesellschaft konkret zu tun hat, um den Endzweck zu erreichen. In der Lehre wird dafür auch der Begriff *thematischer Zweck* verwendet.<sup>83</sup> Durch eine offene Formulierung kann der Handlungsspielraum der geschäftsführenden Organe gross gehalten werden, wohingegen er sich durch eine enge Zweckumschreibung auf bestimmte Geschäftsbereiche einschränken lässt.<sup>84</sup> Für die meisten Aktiengesellschaften dürfte eine Mittellösung sinnvoll sein.<sup>85</sup>
- 29 Das Tätigkeitsfeld kann gewissermassen als Gesellschaftszweck im engeren Sinne verstanden werden. Um die in der Lehre gängige Terminologie beizubehalten, wird in dieser Arbeit der Begriff *Gesellschaftszweck* ausschliesslich als Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld verstanden. Ist hingegen der Gesellschaftszweck im Sinne von Endzweck gemeint, wird der Begriff *Endzweck* verwendet.

### b) Nebenzweck

- 30 Neben dem Hauptzweck kann eine Gesellschaft auch Nebenzwecke verfolgen, welche sich nicht unmittelbar aus dem Hauptzweck ergeben.<sup>86</sup> Gemäss der Literatur bezieht sich der Begriff *Nebenzweck* auf das Tätigkeitsfeld. Ist hingegen von einem Nebenzweck im Sinne von Endzweck die Rede, empfiehlt es sich, den Terminus *Nebenendzweck* zu verwenden. Durch die grundsätzliche Zulässigkeit eines Nebenzwecks ist noch nichts darüber gesagt, wie es sich mit einem Nebenendzweck verhält.

### c) Gegenstand

- 31 Das Aktienrecht kannte früher – neben dem Endzweck und dem Gesellschaftszweck – zusätzlich den Begriff *Gegenstand*. Dadurch sollten die *Mittel* umschrieben werden, die das Unternehmen einzusetzen gedenkt, um den Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld zu erreichen. Es handelte sich somit um eine Konkretisierung der Tätigkeit einer Aktiengesellschaft. Da diese Unterscheidung aber keinerlei relevante praktische Bedeutung hatte, wurde der Begriff aus dem Gesetz gestrichen.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Art. 626 Ziff. 2 OR nennt den Gesellschaftszweck als notwendigen Statuteninhalt ausdrücklich; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 474.

<sup>83</sup> VON BÜREN, S. 84; HANDSCHIN, Konzern, S. 82; SOMMER, S. 55. Der Begriff «Tätigkeitsfeld» ist nicht nur präziser, sondern entspricht auch der Terminologie von Art. 118 Abs. 1 HRegV.

<sup>84</sup> VON DER CRONE, § 2 N 48. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 474, wonach die Generalversammlung den Verwaltungsrat durch eine sehr enge Zweckumschreibung an die Kandare nehmen kann.

<sup>85</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 51.

<sup>86</sup> SHK HRegV-CHAMPEAUX, Art. 118 N 15.

<sup>87</sup> Zum Ganzen FORSTMOSER, Aktienrecht, § 3 N 5; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 48. Vgl. auch SIEGWART, Art. 626 N 32 ff.



#### d) Bedeutung für Vertretungsmacht und Bedeutung für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen

Der Gesellschaftszweck ist auch Handlungsmaxime für den Verwaltungsrat, denn seine Vertretungsmacht gemäss Art. 718a Abs. 1 OR ist auf Rechtshandlungen beschränkt, «die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann».<sup>88</sup> Diese Einschränkung zielt auf den Gesellschaftszweck im Sinne des Tätigkeitsfelds ab. Von der organschaftlichen Vertretungsmacht erfasst sind jedoch alle Rechtshandlungen, die vom Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind.<sup>89</sup> Die aktienrechtliche Vertretungsmacht ist demnach als sehr weitreichend zu qualifizieren.

Generalversammlungsbeschlüsse, die dem Gesetz oder den Statuten widersprechen, können von den Aktionären und vom Verwaltungsrat nach Art. 706 Abs. 1 OR angefochten werden. Auch der Zweck ist Bestandteil der Statuten, so dass ein zweckwidriger Generalversammlungsbeschluss anfechtbar ist.<sup>90</sup> Es liegt jedoch in den Händen der Generalversammlung, den Gesellschaftszweck und somit die Grundlage für die Gültigkeit bzw. für die Anfechtbarkeit von Beschlüssen zu ändern.

### 5. Gewinnstrebigkeit

#### a) Begriff und Abgrenzung zum wirtschaftlichen Endzweck

Dass die Aktiengesellschaft in der Regel gewinnstrebig ist, ergibt sich aus dem Gesetz. So begründet Art. 660 Abs. 1 OR das Recht jedes Aktionärs auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, womit die vorgängige Erzielung eines Gewinns impliziert wird.<sup>91</sup> Die Begriffe *Gewinnstrebigkeit* und *wirtschaftlicher Endzweck* werden in der Lehre oft gleichgesetzt.<sup>92</sup> Dies führt indessen zu Konfusion, da wirtschaftliche Interessen der Gesellschafter ohne Weiteres auch dann verfolgt werden können, wenn kein Gewinn realisiert wird.<sup>93</sup>

Nach MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER ist eine Gesellschaft gewinnstrebig, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, operiert *und* den realisierten Gewinn in Form von Geld an die Gesellschafter ausschüttet.<sup>94</sup> Diesem Begriffsverständnis ist zu folgen, denn es differenziert einerseits zwischen dem unmittelbaren, unternehmerischen Ziel der ausgeübten Tätigkeit und dem mittelbaren Ziel der Aktiengesellschaft, das

<sup>88</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 107.

<sup>89</sup> Vgl. BGE 111 II 284 E. 3b S. 288 f.

<sup>90</sup> MEIER, N 2.12. Ausführlich zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen SCHENKER, Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, S. 17 ff.

<sup>91</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 54 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 10 f. Siehe zur Bedeutung von Art. 660 Abs. 1 OR: «soweit dieser nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist» hinten N 454.

<sup>92</sup> Vgl. etwa GUHL/DRUEY, § 65 N 39; GRÜNENFELDER, S. 29 f.; HANDSCHIN, Konzern, S. 92; SHK OR-WALDBURGER, Art. 626 N 5.

<sup>93</sup> Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1 N 64 ff.

<sup>94</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 11. GL.M. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCA-KELLER, S. 7. Zwischen Gewinnstrebigkeit und wirtschaftlichem Endzweck unterscheidend SPÖRRI, § 11 N 99 f.

typischerweise mit dem Erwirtschaften von vermögensrechtlichen Vorteilen zugunsten der Aktionäre gleichzusetzen ist.

- 36 Der Gesetzestext selbst spricht in Art. 620 Abs. 3 OR von «anderen als wirtschaftlichen Zwecken» und in Art. 706 Abs. Ziff. 4 OR von «Gewinnstrebigkeit», was dafür spricht, dass die Begriffe nicht gleichzusetzen sind.<sup>95</sup> Auch im Rechtsleben der Aktiengesellschaft sind die Gewinnstrebigkeit und der wirtschaftliche Endzweck nicht gleichzusetzen. So verfolgt die genossenschaftliche Aktiengesellschaft zwar wirtschaftliche Interessen der Aktionäre, ist aber nicht gewinnstrebig im genannten Sinne.<sup>96</sup>
- 37 Der Verzicht auf Gewinnstrebigkeit im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR bedeutet demnach nicht, dass die Aktiengesellschaft fortan nichtwirtschaftliche Ziele verfolgt, sondern lediglich, dass durch die unternehmerische Tätigkeit keine Gewinne erzielt werden, die (kumulativ) zur Ausschüttung an die Aktionäre bestimmt sind.

### **b) Wirtschaftlicher Endzweck ohne Gewinnstrebigkeit?**

- 38 Der wirtschaftliche Endzweck kann grundsätzlich auch ohne Gewinnstrebigkeit verfolgt werden.<sup>97</sup> So muss etwa die genossenschaftliche Aktiengesellschaft nicht gewinnstrebig sein, wie sich am Beispiel der Mieter-Aktiengesellschaft gut illustrieren lässt.<sup>98</sup> Bei dieser besonderen Form einer Immobilienaktiengesellschaft, die ihren Ursprung in der Zeit vor der Einführung des Stockwerkeigentums hat, gehört jedem Aktionär ein Aktienpaket, das wertmässig dem Anteil seiner Wohnung in der von der Gesellschaft gehaltenen Immobilie entspricht. Der Anteil ist sodann verbunden mit einem alleinigen, nicht entziehbaren Benutzungsrecht an der zugewiesenen Wohnungseinheit.<sup>99</sup> Bei solchen Aktiengesellschaften wird kein buchmässiger Gewinn angestrebt. Dennoch profitieren die Aktionäre in wirtschaftlicher Weise, denn die konkrete Tätigkeit der Gesellschaft dient ihrer wirtschaftlichen Besserstellung.<sup>100</sup>
- 39 Zu unterscheiden ist der wirtschaftliche, nicht gewinnstrebige Endzweck zudem von *Sachdividenden*.<sup>101</sup> Diese sind zwar vermögensrechtliche Leistungen an die Aktionäre, die nicht in Form von Geld erfolgen,

---

<sup>95</sup> Der relevante französische Wortlaut von Art. 620 Abs. 3 OR lautet «but qui n'est pas de nature économique» und derjenige von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR «but lucratif».

<sup>96</sup> BSK OR II- BAUDENBACHER, Art. 620 N 5; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 57 und § 62 N 137; KRATZ, § 6 N 3. Zum Ganzen PLÜSS, OFK-Aktienrecht, Art. 620 N 15.

<sup>97</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 42.

<sup>98</sup> KRATZ, § 3 N 67 ff.

<sup>99</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 134.

<sup>100</sup> Vgl. KRATZ, § 6 N 3. Ein weiteres Beispiel für die Verfolgung von wirtschaftlichen Zielen ohne Gewinnabsicht ist die Einkaufsgesellschaft, die für ihre Gesellschafter den Engros-Einkauf besorgt, siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 42.

<sup>101</sup> Das Bundesgericht versteht unter einer Natural- oder Sachdividende die Gewinnverteilung an die Aktionäre in Form von Sachleistungen statt Geld (Urteil des BGer 4A\_248/2012 vom 7. Januar 2013 E. 3.4).

doch sind bei Sachdividenden dieselben Voraussetzungen wie bei gewöhnlichen Dividenden zu erfüllen. Insbesondere ist eine Zuweisung an die gesetzlichen Reserven vorzunehmen.<sup>102</sup>

Vermögensrechtliche Vorteile, die nicht in Form von Geldausschüttungen erfolgen (und auch keine Sachdividenden sind), können auch in der Gewährung von *Sachvorteilen* gesehen werden.<sup>103</sup> Deren Zulässigkeit ist allerdings umstritten.<sup>104</sup>

Für den wirtschaftlichen Endzweck ist letztlich entscheidend, dass die Gesellschafter wirtschaftlich bessergestellt werden sollen.<sup>105</sup> Demgegenüber tritt in den Hintergrund, ob Geldzahlungen in Form von Dividenden oder auf andere Weise erfolgen.

### c) Anspruch auf Gewinnstrebigkeit bzw. auf gewinnstrebige Geschäftsführung

Damit ein Gewinn unter den Gesellschaftern verteilt werden kann, muss zunächst überhaupt ein solcher erwirtschaftet werden.<sup>106</sup> Sofern die Statuten nichts anderes vorsehen, hat der Aktionär Anspruch auf Verteilung des Gewinns, und damit notwendigerweise einen Anspruch auf eine gewinnstrebige Geschäftsführung. Das Recht auf Gewinnstrebigkeit ist somit ein Vermögensrecht, das untrennbar mit dem wohlerworbenen und absolut geschützten Recht auf Gewinnanteil<sup>107</sup> verknüpft ist.<sup>108</sup>

### d) Modifizierte Gewinnstrebigkeit

Abzugrenzen ist die Gewinnstrebigkeit von der *modifizierten Gewinnstrebigkeit*. Diese bezieht sich auf Konzernstrukturen, genauer gesagt auf Konstellationen, in denen eine abhängige Tochter- zugunsten ihrer Muttergesellschaft auf Gewinnerzielung verzichtet, so dass sich die Gewinnstrebigkeit nicht mehr am eigenen Unternehmen, sondern am Konzerngewinn orientiert.<sup>109</sup> So verhält es sich bspw., wenn sich eine Tochterunternehmung dem Zweck ihrer Muttergesellschaft unterwirft und gestützt darauf Leistungen zum Selbstkostenpreis offeriert.<sup>110</sup> Ein solcher Unterwerfungszweck kann die Gewinnstrebigkeit

<sup>102</sup> FORSTMOSER, Sachausschüttungen, S. 703, wonach bei der Ausschüttung von Sachdividenden Vermögenswerte in das Individualeigentum der Aktionäre überführt werden. Siehe zu Sachdividenden im Allgemeinen FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 68 ff.

<sup>103</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 167 ff., wonach die vermögensrechtlichen Rechte des Aktionärs der Aktiengesellschaft (mit wirtschaftlichem Endzweck) neben der Dividende auch in Gestalt von Recht auf Bauzinsen und Recht auf Benutzung von gesellschaftlichen Anlagen bestehen können.

<sup>104</sup> Ausführlich GERMANN, S. 433 f. Ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 4 N 163a, wonach Sachvorteile nur im Rahmen geringfügiger Gesten möglich seien. GL.M. KÄGI, § 5 N 50.

<sup>105</sup> Dies ist auch der Fall, wenn dem Aktionär das Recht zur Benutzung gesellschaftlicher Anlagen eingeräumt wird. Vgl. dazu GERMANN, S. 433.

<sup>106</sup> BÜRGI, Art. 660, 661 N 11.

<sup>107</sup> Vgl. zum Recht auf Anteil am Bilanzgewinn vorne N 25.

<sup>108</sup> Zum Ganzen BEYELER, S. 239; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 129; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 882; BÜRGI, Art. 660, 661 N 11; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 14 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 170 ff.; KÄGI, § 5 N 18 ff.; KNOBLOCH, S. 379; SPÖRRI, § 11 N 100; STEININGER, S. 73.

<sup>109</sup> VON BÜREN, S. 86; RUSCH, Interzession, S. 25 m.w.H.

<sup>110</sup> HANDSCHIN, Konzern, S. 98.

der Gesellschaft zugunsten der Konzernmutter teilweise oder sogar gänzlich aufheben.<sup>111</sup> Die Tochtergesellschaft ist in diesem Fall zwar nicht mehr gewinnstrebig, weist aber weiterhin einen wirtschaftlichen Endzweck auf, indem die Muttergesellschaft durch die günstigen Konditionen einen vermögensrechtlichen Vorteil erhält. Sind neben der Muttergesellschaft als Hauptaktionärin auch noch weitere Kleinaktionäre vorhanden, kann die modifizierte Gewinnstrebigkeit zu einer Verletzung von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR führen.<sup>112</sup> Denn für Minderheitsaktionäre kann eine solche Unterwerfung einer *faktischen Endzweckänderung* gleichkommen.<sup>113</sup>

### e) Abgrenzung zum kaufmännischen Unternehmen

- 44 Sowohl die Frage nach dem wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Endzweck als auch jene nach der Gewinnstrebigkeit sind von der Frage, ob die Aktiengesellschaft ein kaufmännisches Unternehmen betreibt, klar abzugrenzen.<sup>114</sup> Der Begriff des kaufmännischen Unternehmens entspricht demjenigen des nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes in Art. 934 Abs. 1 OR. Dieser wird in Art. 2 lit. b HRegV als «selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit» konkretisiert. «Wirtschaftliche Tätigkeit» meint hier aber nicht die Verfolgung eines wirtschaftlichen Endzwecks, sondern schlicht ökonomisches Tun. Es kommt dabei nicht darauf an, ob den Gesellschaftern irgendwelche wirtschaftlichen Vorteile zukommen.<sup>115</sup> Auch eine gemeinnützige Aktiengesellschaft oder ein Verein (ausdrücklich in Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) können ein kaufmännisches Unternehmen betreiben.<sup>116</sup>

## 6. «Gewinnorientierung»

### a) Gewinnorientierung beim Verein

- 45 Ein Verein ist zwar zwingend dazu verpflichtet, einen nichtwirtschaftlichen Endzweck zu verfolgen,<sup>117</sup> kann aber ansonsten auch ein kaufmännisches Unternehmen betreiben<sup>118</sup> und daraus Gewinne erwirtschaften. In der Lehre wird in diesem Fall auch im Vereinsrecht von «Gewinnstrebigkeit» gesprochen.<sup>119</sup> Diese Begriffsverwendung ist wegen der Nähe zum aktienrechtlichen Begriff der Gewinnstrebigkeit (Erzielung eines Gewinns und dessen Verteilung an die Gesellschafter<sup>120</sup>) irreführend.
- 46 Der betriebliche Überschuss eines Vereins darf aufgrund der für Vereine vorgeschriebenen ideellen Zwecksetzung nicht an die Mitglieder ausgeschüttet werden. Zulässig sind lediglich andere

---

<sup>111</sup> Vgl. RUSCH, Interzession, S. 24, der zusätzlich von einer *teilweisen und selektiven Aufgabe* der Gewinnstrebigkeit spricht.

<sup>112</sup> VON BÜREN, S. 86 f.; HANDSCHIN, Konzern, S. 96; RUSCH, Interzession, S. 25 m.w.H.

<sup>113</sup> Siehe zur faktischen Zweckänderung hinten N 190 ff.

<sup>114</sup> Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1 N 72 f.

<sup>115</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 36.

<sup>116</sup> Zum Ganzen DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1 N 52 ff.

<sup>117</sup> Art. 60 Abs. 1 ZGB.

<sup>118</sup> Vgl. Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB.

<sup>119</sup> DIAS, S. 43; BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 55.

<sup>120</sup> Siehe oben N 34 ff.

vermögensrechtliche Vorteile der Vereinsmitglieder, die mit der Vereinstätigkeit zusammenhängen und gegenüber dem ideellen Vereinszweck untergeordnete Bedeutung haben.<sup>121</sup> Es wäre nicht sachgerecht, solche «passiven» vermögensrechtlichen Vorteile, wie bspw. eine günstigere Platzmiete für Mitglieder des Tennisklubs, mit der Gewinnstrebigkeit im oben genannten Sinne gleichzusetzen, auch wenn in gewisser Weise ein wirtschaftlicher Nebenendzweck mitverfolgt wird.<sup>122</sup> Um Missverständnisse bei der Verwendung des Begriffs Gewinnstrebigkeit zu vermeiden, empfiehlt es sich, für Vereine von «Überschuss-Streben» oder «Gewinnorientierung»<sup>123</sup> zu sprechen. Denkbar wäre auch die Bezeichnung «Gewinnabsicht».<sup>124 125</sup>

## b) Gewinnorientierung bei der Aktiengesellschaft

Die Überlegungen zum gewinnorientierten Verein können auch für die Aktiengesellschaft herangezogen werden und insbesondere bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck als Abgrenzungskriterium dienen. Eine Aktiengesellschaft geht regelmässig einer wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit nach und betreibt zu diesem Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe.<sup>126</sup> Die Begriffe *Gewerbe* und *Unternehmung* sind – anders als in der Betriebswirtschaftslehre – im (schweizerischen) Recht gleichzusetzen.<sup>127</sup> Die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 2 lit. b HRegV ist ebenso wenig davon abhängig, ob das Unternehmen faktisch Gewinn erzielt oder nicht, wie davon, ob es überhaupt Gewinn erzielen *will*.<sup>128</sup>

Elementar ist es demnach, zwischen der *Ausrichtung der Gesellschaft* (wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Endzweck) und der *Ausrichtung der Unternehmung* (Überschuss-Streben oder kein Überschuss-Streben) zu unterscheiden.<sup>129</sup> Eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck,

<sup>121</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 73 f.

<sup>122</sup> Das finale Ziel der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck ist es, einen vermögensrechtlichen Vorteil für die Aktionäre zu erwirtschaften, wohingegen das finale Ziel des unternehmerisch tätigen Vereins ein ideelles Ziel bleibt und der erwirtschaftete Gewinn ebendiesem Ziel dient. Ein allfälliger vermögensrechtlicher Vorteil eines Vereinsmitglieds, der mit dem Vereinszweck zusammenhängt und von ungeordneter Bedeutung ist, stellt dabei gewissermassen eine Reflexerscheinung der ideellen Vereinszweckverfolgung dar und ist mit der Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck nicht vergleichbar.

<sup>123</sup> Das Bundesgericht verwendet den Begriff «Gewinnorientierung» in BGE 127 II 306 E. 8 S. 318. In diesem Fall ging es unter anderem um das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit von Emissionsbegrenzungen nach Art. 11 Abs. 2 des USG (Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)), welches auf *gewinnorientierte, nach marktwirtschaftlichen Prinzipien* geführte Unternehmen zugeschnitten sei. Das Segelflugfeld Schänis, um das sich der Streit drehte, habe dabei im Wesentlichen der Ausübung des Segelflugsports als Freizeitbeschäftigung gedient, weshalb das Bundesgericht zum Schluss kam, es handle sich bei der fraglichen Anlage nicht um ein gewinnorientiertes, nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten geführtes Unternehmen.

<sup>124</sup> Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 44, wonach in Bezug auf die Erwerbstätigkeit festgehalten wird, dass keine Gewinnabsicht gegeben sein muss.

<sup>125</sup> Zum Ganzen DIAS, S. 40 ff.

<sup>126</sup> Vgl. Art. 2 lit. b HRegV (Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)), wonach *Gewerbe* als eine *selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit* definiert wird.

<sup>127</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 34.

<sup>128</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 44.

<sup>129</sup> Vgl. dazu DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1 N 65 f.

welche ihr kaufmännisches Unternehmen nach marktwirtschaftlich orientierten Gesichtspunkten betreibt und so einen betrieblichen Überschuss anstrebt, ist «*überschuss-strebend*» bzw. *gewinnorientiert*, nicht aber gewinnstrebend, da der Überschuss nicht dazu bestimmt ist an die Gesellschafter ausgeschüttet zu werden. *Nicht nach Überschuss strebend* bzw. *nicht gewinnorientiert* handelt eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck, wenn sie überhaupt keine unternehmerische Tätigkeit ausübt oder diese nicht nach marktwirtschaftlich orientierten Gesichtspunkten betreibt, sondern vor allem darauf ausgerichtet ist, dem nichtwirtschaftlichen Endzweck unmittelbar zu dienen.<sup>130</sup>

49 Bei gleichzeitiger Betrachtung des Endzwecks als dem finalen Ziel der Gesellschaft und der unternehmerischen Zielsetzung<sup>131</sup> kommen demnach – ohne Berücksichtigung eines gemischten Endzwecks – grundsätzlich vier mögliche Konstellationen in Betracht:

- Wirtschaftlicher Endzweck (Ausrichtung der Gesellschaft)
  - mit Gewinnorientierung (Ausrichtung des Unternehmens; Überschuss wird erzielt und an Aktionäre ausgeschüttet, daher Gewinnstrebigkeit)
  - ohne Gewinnorientierung (Ausrichtung des Unternehmens; es wird kein Überschuss erzielt, andere vermögensrechtliche Vorteile für Aktionäre)
- Nichtwirtschaftlicher Endzweck (Ausrichtung der Gesellschaft)
  - mit Gewinnorientierung (Ausrichtung des Unternehmens; Überschuss wird erzielt und zur ideellen Zweckverfolgung verwendet)
  - ohne Gewinnorientierung (Ausrichtung des Unternehmens; es wird kein Überschuss erzielt, stattdessen direkte ideelle Zweckverfolgung)

50 Diese Abgrenzungen veranschaulichen den Unterschied zwischen dem Endzweck der Gesellschaft und der Zielsetzung der Unternehmung. Sie zeigen aber auch die Problematik, die sich daraus ergibt, dass sich der Gesetzgeber an der finalen Zielsetzung der Rechtsform orientiert hat, statt Unterscheidungen aufgrund der unternehmerischen Tätigkeit zu treffen.<sup>132</sup> Eine scharfe Abgrenzung und Einteilung in die beschriebenen Kategorien ist bei Berücksichtigung von praktischen Gesichtspunkten ohnehin kaum möglich. Zum einen kann ein *gemischter Endzweck* vorliegen, womit eine Einteilung in eine der genannten Kategorien ausser Betracht fällt, zum anderen kann eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft für gewisse Aktivitäten gewinnorientiert vorgehen und für andere nicht.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Siehe zur direkten Förderzweckverfolgung hinten N 446 ff.

<sup>131</sup> Das Unternehmen ist der Wirtschaftskörper und nicht mit der Gesellschaft gleichzusetzen. Siehe dazu auch FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, S. 7.

<sup>132</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 72 ff.

<sup>133</sup> So kann eine Sportaktiengesellschaft bspw. die Sparte «Sport» mit dem Ziel führen, einen bestimmten Verlust nicht zu überschreiten, und eine andere Sparte bspw. «Gastronomie» mit dem Ziel eines maximalen Gewinns betreiben. Über den Endzweck einer solchen Gesellschaft ist damit noch nichts ausgesagt.

## 7. Treue- und Sorgfaltspflicht

### a) Gesetzliche Grundlage Art. 717 Abs. 1 OR

Das Gesetz verwendet in Art. 717 Abs. 1 OR die Terminologie «Interessen der Gesellschaft» und verpflichtet den Verwaltungsrat sowie geschäftsführende Dritte, «ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren».

51

Die gesetzliche Grundlage der Treue- und Sorgfaltspflicht soll gemäss dem E-OR 2016 mit einem neuen Art. 717a ergänzt werden, der sich ausdrücklich mit *Interessenkonflikten* befasst und systematisch im Zusammenhang mit Art. 717 Abs. 1 OR zu sehen ist.<sup>134</sup> Demnach sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung verpflichtet, den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte zu informieren (Abs. 1). Zudem hat der Verwaltungsrat Massnahmen zu ergreifen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind (Abs. 2).<sup>135</sup> Der Verwaltungsrat ist bereits heute verpflichtet, Interessenkollisionen zu vermeiden und diesbezüglich bereits vor deren Entstehen, also vorbeugend tätig zu werden. Mit dem vorgesehenen Art. 717a E-OR 2016 soll nun im Sinne einer guten Corporate Governance geregelt werden, was zu geschehen hat, wenn Interessenkonflikte auftauchen.<sup>136</sup> Es sind aber keine Anhaltspunkte erkennbar, dass sich dadurch der materiellrechtliche Gehalt von Art. 717 Abs. 1 OR ändern würde.

52

### b) Treuepflicht

Die Treuepflicht als Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses hat eine aktive (auch positiv genannte) und eine passive (auch als negativ bezeichnete) Seite.<sup>137</sup> Für die vorliegende Arbeit ist insbesondere die aktive Komponente relevant. Daher gilt es im Folgenden zunächst die beiden Komponenten gegeneinander abzugrenzen.

53

#### aa) Passive Komponente der Treuepflicht – Interessenwahrung durch Unterlassung

Die passive Komponente der Treuepflicht ist eine Unterlassungspflicht. Der Verwaltungsrat hat demnach alles zu unterlassen, was der Gesellschaft schaden könnte.<sup>138</sup> Es geht also nicht darum, zu definieren, was – positiv ausgedrückt – konkret im Interesse der Gesellschaft liegt, sondern darum, dass der Verwaltungsrat nicht die Interessen anderer Personen, seien es die eigenen oder diejenigen Dritter, jenen

54

<sup>134</sup> Darauf lässt bereits der Randtitel 2. *Interessenkonflikte* schliessen (Hervorhebung eingefügt), E-OR 2016, 718.

<sup>135</sup> E-OR 2016, 718. Der Umgang mit Interessenkollisionen ist zudem im Organisationsreglement zu regeln.

<sup>136</sup> Botsch. Aktienrechtsrevision 2016, 571.

<sup>137</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 599; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 27.

<sup>138</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 600; SOMMER, S. 18. Ferner FISCHER D., S. 935, der bei der passiven Komponente eine *Schrankenfunktion* ausmacht.

der Gesellschaft voranstellt.<sup>139</sup> Die potentielle Interessenkollision, die sich aus der passiven Komponente der Treuepflicht ergibt, hat demnach ihren Ursprung in der Person des Verwaltungsrats bzw. des Geschäftsführungsorgans selbst. Auch wenn eine beabsichtigte Geschäftshandlung für sich betrachtet durchaus vorteilhaft für die Gesellschaft sein mag, kann im konkreten Einzelfall dennoch ein Loyalitätskonflikt vorliegen.<sup>140</sup>

- 55 Die Lehre hat sich überwiegend auf die Ausdeutung der passiven Komponente fokussiert und sich dort mit der Frage nach dem richtigen Umgang mit mehreren Interessen befasst.<sup>141</sup> Zu den verschiedenen Konflikten, die beim Aufeinandertreffen mehrerer Interessen auftreten können, haben sich in der Lehre Fallgruppen herausgebildet. Daraus lassen sich etwa Verhaltensregeln betreffend den Umgang mit Interessenkonflikten bei der Geschäftsführung, Konkurrenzierung, Geheimhaltung von Gesellschaftsinterna und Umgang mit Insiderwissen ableiten.<sup>142</sup>

### **bb) Aktive Komponente der Treuepflicht – Interessenwahrung durch Tätigwerden**

- 56 Die aktive Komponente der Treuepflicht begründet für den Verwaltungsrat eine Handlungspflicht, die ihn nicht nur zum Tätigwerden an sich, sondern überdies dazu verpflichtet, dies in einer bestimmten Art und Weise – nämlich im Interesse der Gesellschaft – zu tun.<sup>143</sup> Der Inhalt dieser aktiven Komponente ergibt sich in erster Linie aus dem Zweck der Gesellschaft<sup>144</sup> und setzt sich aus dem Endzweck und dem Gesellschaftszweck zusammen.<sup>145</sup> Sie bilden gemeinsam Handlungsspielraum und Handlungsmaxime für den Verwaltungsrat.<sup>146</sup> Sie dienen ihm als Richtschnur und sind zugleich das Ziel seiner Geschäftsführung. Um die individuellen Gesellschaftsinteressen zu wahren, hat der Verwaltungsrat somit sein Handeln nach dem Endzweck und dem Gesellschaftszweck zu richten. Die aktive Komponente der Treuepflicht verlangt, dass der Verwaltungsrat sein Können und Wissen durch Tätigwerden zugunsten der Gesellschaft einbringt.<sup>147</sup> Es geht hier folglich nicht um den Umgang mit gesellschaftsfremden Interessen, sondern um die aktive Gestaltung der gesellschaftseigenen Interessen.

---

<sup>139</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 27, mit Hinweis auf BGE 113 II 57 E. 3a S. 56 f, wonach strengere Massstäbe anzulegen sind, wenn Verwaltungsräte nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern in eigenem oder in demjenigen von Aktionären oder Dritten handeln. Ferner MADÖRIN, S. 61 f.

<sup>140</sup> So kann die aktive Treuepflicht eine Darlehensgewährung an einen Dritten gegen entsprechenden Zins gebieten. Handelt es sich beim Dritten jedoch um einen dem handelnden Verwaltungsrat Nahestehenden, liegt ein latenter Interessenkonflikt vor. Gemäss MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 466 treten Loyalitätsprobleme insbesondere bei fiduziarisch tätigen Verwaltungsratsmitgliedern, von der Konzernmuttergesellschaft delegierten Verwaltungsratsmitgliedern sowie Verwaltungsratsmitgliedern, die gleichzeitig bei zwei konkurrierenden Gesellschaften tätig sind, auf.

<sup>141</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 600; SOMMER, S. 17. Ebenso hat sich der Gesetzgeber mit dem Verfahren bei Interessenkonflikten befasst und in Art. 717a E-OR 2016 eine Bestimmung vorgesehen, die den Umgang mit Interessenkollisionen in Grundzügen regelt.

<sup>142</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 601 ff.; SOMMER, S. 83.

<sup>143</sup> Vgl. auch FISCHER D., S. 934, der den Begriff *Förderungspflicht* verwendet.

<sup>144</sup> VON BÜREN, S. 123; HANDSCHIN, Konzern, S. 107 f., 147; LAZOPOULOS, S. 47; MEIER, N 2.12.

<sup>145</sup> Siehe vorne N 3 ff.

<sup>146</sup> HANDSCHIN, Konzern, S. 107.

<sup>147</sup> BÄRTSCHI S. 260; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 599; SOMMER, S. 18.



### cc) Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Treuepflicht

Die Grenzen zwischen der aktiven und der passiven Komponente sind fließend. Sie ergänzen sich und können in Bezug auf bestimmte Vorgänge gleichzeitig tangiert sein. Unterlässt ein Unternehmer in seiner Funktion als Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft X bspw. die Teilnahme an einer Ausschreibung, weil er weiss, dass auch die Aktiengesellschaft Y (bei der er selbst beteiligt ist) teilnehmen wird, hat er einerseits die aktive Treuepflicht verletzt, indem er nicht für die Gesellschaft X tätig geworden ist, und ebenso gegen die passive Treuepflicht verstossen, indem er mit der Aktiengesellschaft X konkurrenziert.<sup>148</sup>

57

Die passive Treuepflicht kann auch als Teilgehalt der aktiven Komponente aufgefasst werden, denn aus der positiven Komponente, also aus der Handlungsmaxime, lässt sich auch die Pflicht zur Unterlassung von schädigenden Handlungen ableiten. Insofern ist immer, wenn die passive Komponente der Treuepflicht verletzt wurde, die aktive ebenso verletzt. Umgekehrt kann jedoch nicht jede Verletzung der aktiven Komponente so formuliert werden, dass auch eine Verletzung der passiven Komponente vorliegt. Ein Verwaltungsrat kann bspw. treuepflichtwidrig handeln bzw. untätig bleiben, ohne dass er dadurch ein gesellschaftsfremdes Interesse den Interessen der Gesellschaft vorangestellt hätte. In diesem Fall verletzt er das Interesse der Gesellschaft, obwohl keine Interessen anderer im Spiel sind.<sup>149</sup>

58

### c) Sorgfaltspflicht

Neben der Treuepflicht verlangt Art. 717 Abs. 1 OR vom Verwaltungsrat, dass er seine Aufgaben mit Sorgfalt zu erfüllen hat. Art. 716a Abs. 1 OR enthält einen Katalog der nicht entziehbaren und nicht delegierbaren Aufgaben, an denen sich der Verwaltungsrat bei seiner Amtsführung orientieren muss und die die an ihn gestellten Erwartungen konturieren.<sup>150</sup> Alle Pflichten, die unmittelbar die Organfunktion betreffen und auf eine bestmögliche Ausübung dieser Funktion gerichtet sind, fallen unter die Sorgfaltspflicht.<sup>151</sup> Die Sorgfaltspflicht kann in zwei Komponenten eingeteilt werden, denen je zwei Funktionen zukommen. Zum einen stellt sie eine Handlungspflicht dar und zum anderen dient sie als Sorgfaltsmassstab für die konkrete Ausübung aller Pflichten.<sup>152</sup>

59

#### aa) Sorgfaltspflicht als Handlungspflicht

Die Sorgfaltspflicht stellt eine Handlungspflicht dar, welche darüber Aufschluss gibt, welche Aufgaben überhaupt erfüllt werden müssen. Folglich handelt unsorgfältig, wer eine zu erfüllende Aufgabe nicht

60

<sup>148</sup> Bei diesem Beispiel handelt es sich um die Freigabe einer Geschäftschance. Siehe zur Freigabe von Geschäftschancen FISCHER D., S. 932 ff.

<sup>149</sup> Insofern ist SOMMER, S. 17 ff. nicht zuzustimmen, wenn sie den Kern der Treuepflicht im Umgang mit *mehreren* Interessen sieht, gleichzeitig aber die aktive und passive Komponente als gleichwertig erachtet (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>150</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 563.

<sup>151</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 283 f.

<sup>152</sup> HASENBÖHLER, S. 64; LAMBERT, S. 131; SOMMER, S. 21.

erkennt oder wer trotz Erkennen nicht handelt.<sup>153</sup> Die Sorgfaltspflicht erschöpft sich bspw. nicht nur in der Tätigkeit des sorgfältigen Ausarbeitens eines Konzepts zur zweckmässigen Organisation, sondern beinhaltet im einem ersten Schritt die Wahrnehmung der Organisationsverantwortung durch *das Anpacken* der Aufgabe überhaupt. Bei der Sorgfaltspflicht als Handlungspflicht geht es demnach darum, die Aufgaben, die sich im Zusammenhang mit der Amtsführung stellen, zu erfassen und entsprechend aktiv zu werden.<sup>154</sup>

### **bb) Sorgfaltspflicht als Massstab der konkreten Pflichtausübung**

- 61 Wie sorgfältig eine Aufgabe konkret zu erfüllen ist, beurteilt sich nach einem objektivierten Massstab. Anhand dieses Massstabs gilt es abstrakt zu beurteilen, ob ein ordnungsgemäss handelnder Verwaltungsrat in einer vergleichbaren Situation gleich gehandelt hätte.<sup>155</sup> Es genügt dabei nicht, dass er mit der gleichen Sorgfalt wie in seinen eigenen Geschäften handelt. Gefordert wird, dass er mit *aller Sorgfalt* vorgeht.<sup>156</sup> Damit ist nicht gemeint, dass der Verwaltungsrat keine Risiken eingehen darf – denn Risiken einzugehen bedeutet regelmässig auch Chancen wahrzunehmen<sup>157</sup> –, sondern vielmehr, dass *vernünftige* Risiken einzugehen sind. Keine Rolle spielt dabei, welche Sorgfalt ein Verwaltungsrat in eigenen Geschäften anwendet.<sup>158</sup> Im Zentrum steht die sorgfältige Ausübung des Geschäftsführungsermessens.<sup>159</sup> Bei der Sorgfaltspflicht als Sorgfaltsmassstab geht es demnach um die Art und Weise der Erfüllung einer bereits erfassten Aufgabe.

### **d) Aktive Interessenwahrungspflicht im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR**

- 62 Die Abgrenzung zwischen der Treue- und der Sorgfaltspflicht als Handlungspflicht ist nicht immer einfach. Die aktive Komponente der Treuepflicht und die Sorgfaltspflicht als Handlungspflicht gehen derselben Frage nach, nämlich was zu unternehmen ist, um der Gesellschaft bestmöglich zu dienen. Eine Abgrenzung zwischen diesen beiden Teilkomponenten ist wenig ergiebig, handelt es sich doch um einen inhaltlich deckungsgleichen Teilbereich der Treuepflicht einerseits und der Sorgfaltspflicht andererseits.<sup>160</sup> Die aktive Komponente der Treuepflicht und die Sorgfaltspflicht als Handlungspflicht werden in der vorliegenden Arbeit zusammengefasst als *aktive Interessenwahrungspflicht* bezeichnet.

---

<sup>153</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 566; SOMMER S. 21 m.w.H.

<sup>154</sup> Vgl. VOGT/BÄNZIGER, S. 618, 620, die darauf hinweisen, dass die inhaltliche Überprüfung von Geschäftsentscheiden im Zusammenhang mit der Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses möglich wird.

<sup>155</sup> Statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 575.

<sup>156</sup> BGE 122 III 195 E. 3a S. 197 f.; BGE 113 II 52 E. 1 S. 56; BGE 99 II 176 E. 1 S. 179 f.

<sup>157</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 580; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 22, 24.

<sup>158</sup> BGE 122 III 195 E. 3a 198. Vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 20. Ausführlich VOGT/BÄNZIGER, S. 613 ff.

<sup>159</sup> Vgl. VOGT/BÄNZIGER, S. 614.

<sup>160</sup> Vgl. BÄRTSCHI, S. 242.

### e) Adressaten der Treue- und Sorgfaltspflicht

Art. 717 Abs. 1 OR richtet sich nicht nur an den Verwaltungsrat,<sup>161</sup> sondern auch an Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, und somit an die Exekutivorgane der Aktiengesellschaft. Auch faktische und stille Organe sind denselben Pflichten unterstellt wie das formell korrekt gewählte und im Handelsregister eingetragene Verwaltungsratsmitglied.<sup>162</sup> Unter «mit der Geschäftsführung befasste Dritte» sind diejenigen Personen zu verstehen, die infolge der Delegation gemäss Art. 716b OR über selbständige Entscheidungsbefugnis verfügen, in massgebender Weise an der Willensbildung der Aktiengesellschaft mitwirken und kooperative Aufgaben eigenständig wahrnehmen.<sup>163</sup> Nach diesem Verständnis ist auch ein Geschäftsführer Adressat der Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR. Indessen ist, da der Geschäftsführer in der Regel einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft eingegangen ist, seine Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft bereits gestützt auf Art. 321a OR begründet.<sup>164</sup> Kommt es zu einem Verantwortlichkeitsprozess gegen die Exekutivorgane der Gesellschaft, wird sich das Gericht die Frage stellen, ob die mit der Geschäftsführung betraute Person<sup>165</sup> formellen Organen vorbehaltene Entscheide getroffen hat oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmt hat.<sup>166</sup>

63

Begünstigte der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR ist einzig und unmittelbar die Gesellschaft.<sup>167</sup> Dasselbe muss für die Sorgfaltspflicht gelten.<sup>168</sup> Die Interessen der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger werden nur mittelbar wahrgenommen. Sie können keine selbständigen Ansprüche aus Art. 717 Abs. 1 OR ableiten.<sup>169</sup>

64

### f) Rechtsnatur der Treue- und Sorgfaltspflicht

Die Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR hat nach einhelliger Auffassung der Lehre zwingenden Charakter.<sup>170</sup> Sie kann weder durch eine statutarische Bestimmung noch durch andere

65

<sup>161</sup> Der Verwaltungsrat ist ein für die Aktiengesellschaft gesetzlich vorgeschriebenes Organ, welches durch die Generalversammlung gewählt wird (Art. 707-727 OR).

<sup>162</sup> SOMMER, S. 30 f.

<sup>163</sup> HOMBURGER, N 759.

<sup>164</sup> Denkbar ist auch ein Auftragsverhältnis, bei dem die Treue- und Sorgfaltspflicht über Art. 398 OR begründet wird.

<sup>165</sup> Gängige Bezeichnung sind etwa General Manager (GM) oder Chief Exekutiv Officer (CEO). Die Schweizer Sportaktiengesellschaften verfügen zudem regelmässig über einen «Sportchef», der in erster Linie für die Zusammenstellung der Mannschaft und die Verhandlungen mit Spielern zuständig und zumindest mitentscheidungsbehaftet ist.

<sup>166</sup> BGE 107 II 349 E. 5a S. 354. Zum ganzen HOMBURGER, N 768 f. Siehe betreffend Gerichtspraxis zur Organhaftung nach Art. 754 OR FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, S. 22 f.

<sup>167</sup> SOMMER, S. 34.

<sup>168</sup> FISCHER D., S. 938.

<sup>169</sup> SOMMER, S. 34; zustimmend FISCHER D. S. 932.

<sup>170</sup> FISCHER D., S. 937 m.w.H.; SOMMER, S. 59 m.w.H.

Reglemente und auch nicht durch innergesellschaftliche Observanz ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.<sup>171</sup>

## 8. Gesellschaftsinteresse

### a) Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses in der Lehre

- 66 In der Lehre wird der Begriff des Gesellschaftsinteresses intensiv und kontrovers diskutiert.<sup>172</sup> Eine eingehende Auseinandersetzung würde den Rahmen und das Ziel dieser Arbeit sprengen. Dennoch ist zu klären, welchem der von der Lehre diskutierten Ansätze gefolgt wird, da die aufzuzeigenden Probleme bei Sportaktiengesellschaften nur im Lichte des Gesellschaftsinteresses untersucht werden können. Die Frage bspw., ob die Interessen der Fans eines Sportklubs neben den Interessen der Aktiengesellschaft als Trägerin des Klubs im Rahmen von Art. 717 Abs. 1 OR berücksichtigt werden dürfen, hat einen unmittelbaren Einfluss auf die *aktive Interessenwahrungspflicht*<sup>173</sup> des Verwaltungsrats und könnte, je nachdem, welchem dogmatischen Ansatz gefolgt wird, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

#### aa) Stakeholder-Value-Ansatz

- 67 Stakeholder sind Gruppen, die ein Interesse an der Gesellschaft haben, ohne aber an dieser beteiligt zu sein.<sup>174</sup> Der Stakeholder-Value-Ansatz will alle denkbaren Interessen solcher Stakeholder, einschliesslich der Aktionärsinteressen, als Handlungsmaxime für die Pflichterfüllung des Verwaltungsrats zulassen.<sup>175</sup> Stakeholder-Interessen können darin bestehen, die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft aufrechtzuerhalten, der Unternehmensleitung den nötigen Freiraum zu gewähren, den Schutz der Kapitalgeber sowie der Arbeitnehmer zu gewährleisten, und die Anliegen der Geschäftspartner (namentlich Gesellschaftsgläubiger) sowie der öffentlichen Hand zu beachten.<sup>176</sup> Schliesslich kommen als Stakeholder-Interessen auch ideelle Ziele in Betracht.<sup>177</sup>
- 68 Diesem Standpunkt ist folgendes entgegenzuhalten. Die Wahrung der Interessen von Personen, die nicht an der Gesellschaft beteiligt sind, kann nicht Aufgabe des Verwaltungsrates sein. Vielmehr ist es Aufgabe des Gesetzgebers bzw. der Rechtsordnung, das Verhältnis zwischen entgegengesetzten Interessen zu regeln.<sup>178</sup> Zwingendes Recht steht ohnehin über den individuellen Interessen der Gesellschaft.<sup>179</sup> Es

---

<sup>171</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 7 N 20 f.; SOMMER, S. 59.

<sup>172</sup> Namentlich DREHAUS, S. 1 ff.; HOMBURGER, N 770 ff.; SOMMER S. 36 ff. Kritisch zum Umfang der doktrinen Bemühungen WATTER/SPILLMANN, S. 105: «Man kann sich dabei jeweils des Eindrucks nicht erwehren, dass die Diskussion ideologisch be- bzw. überladen ist.»

<sup>173</sup> Siehe zur aktiven Interessenwahrungspflicht vorne N 62.

<sup>174</sup> VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN, S. 409.

<sup>175</sup> FORSTMOSER, Gewinnmaximierung, S. 210.

<sup>176</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3 N 4 ff.

<sup>177</sup> Siehe zum Ganzen SOMMER, S. 39.

<sup>178</sup> FORSTMOSER, Profit, S. 81; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3 N 3.

<sup>179</sup> WATTER, § 1 N 12.

bleibt somit dem Gesetzgeber überlassen, Bestimmungen vorzusehen, die die Berücksichtigung von Drittinteressen gestatten.<sup>180</sup>

Auch wenn die Stakeholder-Interessen in der Praxis eine wichtige Rolle spielen, bleibt die Aktiengesellschaft eine von Eigentümern und Risikokapitalgebern regierte Organisations- und Finanzierungsform. Sie kann und darf andere Interessen letztlich nur als Mittel zur Verfolgung ihres eigentlichen Ziels berücksichtigen; unmittelbar ist dies das Unternehmensinteresse und mittelbar das Aktionärsinteresse.<sup>181</sup>

### bb) Shareholder-Value-Ansatz

Der Shareholder-Value-Ansatz setzt beim Aktionär an. Oberste Maxime ist danach der Aktionärsnutzen. Dem Shareholder-Value-Ansatz liegt der Gedanke zugrunde, dass, wenn es den Aktionären gut gehe, alle anderen Beteiligten davon profitierten.<sup>182</sup>

Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass nicht das Aktionärs-, sondern das Gesellschaftsinteresse (also das Interesse der Gesellschaft als selbstständiger Rechtskörper) massgeblich sein muss. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 717 Abs. 1 OR.<sup>183</sup> Zudem können verschiedene Shareholder, also Aktionäre, durchaus unterschiedliche Interessen haben. Ein einheitliches Shareholderinteresse im Sinne des Interesses eines *typischen Aktionärs* gibt es nicht, denn ein Aktienkauf kann auf eine kurzfristige Rendite in Form von Dividende abzielen, aber ebenso gut vom Motiv geleitet sein, einen langfristigen Profit durch Steigerung des Aktienwerts zu realisieren.<sup>184</sup>

### cc) Gesellschaftsinteresse als Resultat einer Interessenabwägung

Gemäss LAMBERT genügt das Gesellschaftsinteresse im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR nicht, um als genügend greifbare Verhaltensmaxime für den Verwaltungsrat zu dienen.<sup>185</sup> Die Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses sei nicht *normativ*, sondern *deskriptiv* zu verstehen.<sup>186</sup> Folglich eigne sich das Gesellschaftsinteresse nicht zur Begründung von Geschäftsentscheiden; diese seien vielmehr anhand eines mit aller Sorgfalt durchgeführten Interessenabwägungsprozesses zu fällen.<sup>187</sup>

<sup>180</sup> So in Art. 673 OR, wonach die Statuten Reserven zur Gründung von Wohlfahrtseinrichtungen für Arbeitnehmer des Unternehmens vorsehen können; FORSTMOSER, Profit, S. 77, 81.

<sup>181</sup> Vgl. zum Ganzen VOGT, Absichtsanfechtung und Sorgfaltspflicht, S. 1086 f., wobei es um das Stakeholder-Interesse der Gläubiger geht und nicht um Stakeholder-Interessen im Allgemeinen. Vgl. auch WAT-TER/SPILLMANN, S. 105, wonach die Ausgangslage einfach sei: «Der Eigenkapitalgeber stellt Kapital zur Verfolgung des in den Statuten definierten Zweckes mit dem Ziel zu Verfügung, um durch einen von ihm eingesetzten Verwaltungsrat und ein Management eine risikobereinigt möglichst hohe Rendite zu erzielen.»

<sup>182</sup> FORSTMOSER, Gewinnmaximierung, S. 210; FORSTMOSER, Profit, S. 57.

<sup>183</sup> Art. 717 Abs. 1 OR verwendet den Ausdruck *Interessen der Gesellschaft* und nicht *Interessen der Aktionäre*.

<sup>184</sup> Der Begriff *typischer Aktionär* wird auch von BÄR, Grundprobleme, S. 387 ff., verwendet, der das Gesellschaftsinteresse nach eben diesem *typischen Aktionär* bestimmt haben will.

<sup>185</sup> HOMBURGER, N 779; LAMBERT, S. 253. Ablehnend SOMMER, S. 50.

<sup>186</sup> LAMBERT, S. 215.

<sup>187</sup> LAMBERT, S. 245, 253. Im selben Sinne LAZOPOULOS, S. 51 f., der eine prozedurale Methode vorschlägt, wonach die Gesellschaftsinteressen zu analysieren sind, danach ein Minimalkonsens ausfindig gemacht werden muss und anschliessend die nicht kompatiblen Interessen einer Interessenabwägung zuzuführen sind,

Geschäftsentscheide mit dem Gesellschaftsinteresse rechtlich zu begründen, führt nach LAMBERT eher zu einer Verschleierung von bestehenden Interessenkollisionen als zur Nennung der «wahren Gründe».<sup>188</sup>

- 73 Dieser Ansicht ist zu widersprechen. Zwar handelt es sich beim Gesellschaftsinteresse um einen facettenreichen und konkretisierungsbedürftigen Begriff, doch ginge es zu weit, ihm den normativen Gehalt abzusprechen.<sup>189</sup> Die Interessenabwägung birgt auch die Gefahr, dass im Einzelfall Drittinteressen gegenüber den Interessen der Gesellschaft als verselbständigter Rechtsperson schwerer gewichtet werden.<sup>190</sup> Zudem werden durch den Verzicht auf den normativen Begriff des Gesellschaftsinteresses keine Probleme gelöst, sondern nur verschoben. Auch ein Interessenabwägungsprozess ist nämlich *sorgfältig* durchzuführen. Auf die Frage woran sich dabei die *sorgfältige* Abwägung von verschiedenen Interessen orientieren soll, liefert der sorgfältig durchgeführte Entscheidungsfindungsprozess keine Antworten.<sup>191</sup> Dies ist der Rechtssicherheit abträglich.<sup>192</sup>

### dd) Unternehmensinteresse

- 74 Schliesslich kann das Gesellschaftsinteresse auch als *Unternehmensinteresse* verstanden werden. Damit ist das Interesse an einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswertes gemeint.<sup>193</sup> Dieses Verständnis kann Shareholder-Value- und Stakeholder-Value-Ansätze vereinen, indem die Gewinnrealisierung zwar als Leitgedanke respektiert, dieser aber langfristig und nachhaltig verfolgt wird, um auch die Stakeholder-Interessen zu berücksichtigen.<sup>194</sup> Stakeholder und Shareholder-Value lassen sich so in Übereinklang bringen, da beide Ansätze einen gemeinsamen Nenner im langfristigen, nachhaltigen Prosperieren des Unternehmens finden.<sup>195</sup> Dieses Konzept lässt sich ebenso mit dem *dauernden Gedeihen des Unternehmens* vereinbaren, einem Leitgedanken, der sich aus Art. 674 Abs. 2 Ziff. 2 OR mit dem Wortlaut «Berücksichtigung des Gedeihens der Unternehmung» ergibt.<sup>196</sup>

---

welche in den Schranken der Rechtsordnung und des Gesellschaftszwecks zu erfolgen hat. In der neueren Lehre vertritt DRENHAUS, S. 119 ff., 192, einen systemtheoretisch-prozeduralen Ansatz, wonach das Gesellschaftsinteresse als Symbol innerhalb der Repräsentation der Aktiengesellschaft identifiziert wird. Dabei wird der systembedingte Unterschied zwischen dem Verwaltungsrat und den Aktionären überwunden und das Gesellschaftsinteresse als in der Kommunikation mitzirkulierendes Symbol verstanden.

<sup>188</sup> LAMBERT, S. 245.

<sup>189</sup> SOMMER, S. 50.

<sup>190</sup> Vgl. SOMMER, S. 50 f.

<sup>191</sup> Vgl. LAMBERT, S. 252, wonach er einräumen muss, dass im Grunde auch der Sorgfaltspflicht eine Unbestimmtheit zugrunde liegt.

<sup>192</sup> Vgl. SOMMER, S. 50.

<sup>193</sup> FORSTMOSER, Profit, S. 80 ff.; SOMMER, S. 47.

<sup>194</sup> FORSTMOSER, Profit, S. 82.

<sup>195</sup> FORSTMOSER, Gewinnmaximierung, S. 229; FORSTMOSER, Profit, S. 80 ff.; WATTER/SPILLMANN, S. 106.

<sup>196</sup> Im E-OR 2016 sieht der neue Art. 673 vor, dass freiwillige Gewinnreserven nur dann gebildet werden dürfen, wenn es das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre rechtfertigt. Dies entspricht Art. 674 Abs. 2 Ziff. 2 OR. Die Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre ist dabei wohl als Unterlassungspflicht zu verstehen, die Missbrauch wie «Aushungern von Personen mit Minderheitsbeteiligungen oder missbräuchlichem Tiefhalten des Aktienkurses durch tiefe Dividendenaus-schüttung» untersagt. Siehe dazu Botsch. Aktienrechtsrevision 2016, 524 zur Art. 673. Vgl. zudem Art. 960a Abs. 4 OR, wonach zusätzliche Abschreibungen und Wertberichtigungen vorgenommen werden dürfen,

Das Verständnis des Gesellschaftsinteresses als Unternehmensinteresse mit dem Ziel des nachhaltigen, dauernden Gedeihens des Unternehmens scheint sich in jüngerer Zeit weiter zu etablieren. So hält bspw. der vom Dachverband der Schweizer Wirtschaft (*economiesuisse*) herausgegebene *Swiss Code of Best Practice* fest, der Verwaltungsrat habe sich bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben vom Ziel der *nachhaltigen Unternehmensentwicklung* leiten zu lassen.<sup>197</sup> Auch der Wortlaut des neuen Art. 95 Abs. 3 BV<sup>198</sup> (über den Schutz der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit) enthält einen ähnlichen Begriff: «Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer *nachhaltigen Unternehmensführung* regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach folgenden Grundsätzen»;<sup>199</sup> und in Art. 22 Abs. 4 VegüV heisst es:<sup>200</sup> «Das Interesse der Versicherten gilt als gewahrt, wenn das Stimmverhalten dem *dauernden Gedeihen* der Vorsorgeeinrichtung dient.» Das Gesellschaftsinteresse als Unternehmensinteresse aufzufassen, steht schliesslich auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>201</sup>

75

Insgesamt überzeugt das Leitbild des Unternehmensinteresses, das nach dem hier vertretenen Verständnis gleichermassen das langfristige, dauernde Gedeihen des Unternehmens und die Steigerung des Unternehmenswertes umfasst, aus zwei Gründen.<sup>202</sup> Erstens kommt dadurch zum Ausdruck, dass die Gesellschaft gegenüber dem Aktionär verselbständigt ist, und zweitens steht ausser Zweifel, dass sowohl das Prosperieren des Unternehmens als auch die Unternehmenswertsteigerung die vermögensrechtlichen Interessen der Aktionäre bedienen.

76

## b) Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für das Gesellschaftsinteresse

Der Zweck der Gesellschaft zeigt eine doppelte Wirkung, indem zum einen ein für alle Organe bindendes Verbot begründet wird, ausserhalb des Zwecks für die Gesellschaft zu handeln, und zum anderen ein Gebot formuliert wird, aktiv zugunsten der Zweckrealisierung zu tätig zu werden.<sup>203</sup> Dabei hat ein Organ die Finalität der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft – die Verschaffung von vermögensrechtlichen Vorteilen für die Gesellschafter – als Richtschnur zu beachten.

77

---

sofern es dem *dauernden Gedeihen der Unternehmung* dient. Vgl. ferner Art. 960a Abs. 3 Ziff. 4 OR betreffend Rückstellungen.

<sup>197</sup> Swiss code of best practice, S. 9, abrufbar unter <<https://www.economiesuisse.ch>> Aktuell => Publikationen>.

<sup>198</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>199</sup> Hervorhebung eingefügt.

<sup>200</sup> Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 20. November 2013 (SR 221.331).

<sup>201</sup> BGE 59 II 44 E. 2 S. 48; BGE 53 II 228 E. 1 S. 231; BGE 51 II 412 E. 3 S. 427. Vgl. aber den viel kritisierten und als Ausreisser bezeichneten BGE 126 III 361 E. 5 S. 365 f., wonach das Interesse der Gesellschaft mit demjenigen der Aktionäre gleichgesetzt wurde. Dazu SOMMER, S. 42 ff., 48.

<sup>202</sup> Vgl. SOMMER, S. 47, 57, wonach das Unternehmensinteresse mit dem Interesse am dauernden Gedeihen des Unternehmens gleichgesetzt wird.

<sup>203</sup> STAUBER, S. 17.

- 78 Die Aktionäre einer Aktiengesellschaft können grundsätzlich auf drei Wegen vermögensrechtliche Vorteile aus ihrer Beteiligung abschöpfen. Erstens durch Dividendenausschüttungen,<sup>204</sup> zweitens durch Liquidation der Gesellschaft und drittens durch den Verkauf ihrer Beteiligung zu einem höheren Preis. Alle drei Wege werden erst durch die Steigerung des Unternehmenswertes möglich. Bei der Dividendenausschüttung und der Liquidation handelt es sich um *gesellschaftsinterne* Vorgänge,<sup>205</sup> wohingegen der Verkauf einer Beteiligung einen *gesellschaftsexternen* Vorgang darstellt und grundsätzlich für das Innenleben der Gesellschaft nicht von Bedeutung ist.<sup>206</sup>
- 79 Der Endzweck bestimmt also zusammen mit dem Gesellschaftszweck die Handlungsmaxime für den Verwaltungsrat. Dieser hat seine Geschäftsführung bzw. seine Mandatsausübung danach auszurichten. Der Endzweck ist somit Teilgehalt des Gesellschaftsinteresses im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR.<sup>207</sup> Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, sich bestmöglich für die Realisierung der Ziele der Gesellschaft einzusetzen und deren Interessen mit seinem ganzen Wissen und Können zu verfolgen.<sup>208</sup> Welche konkrete Tätigkeit das Gesellschaftsinteresse vom Verwaltungsrat verlangt, ist letztlich eine Frage des Einzelfalls. In Bezug auf den wirtschaftlichen Endzweck erfordert das Gesellschaftsinteresse vom Verwaltungsrat in diesem Sinne, dass er dafür sorgt, dass das Unternehmen dauernd und langfristig gedeiht und der Wert der Gesellschaft stetig anwächst, um letztlich und mittelbar den wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre an einer möglichst hohen Rendite ihrer Investition gerecht zu werden.<sup>209</sup> Diese Betrachtungsweise entspricht im Grunde auch dem teilweise geforderten *Net-Present-Value*-Denken, das eine Kosten-Nutzen-Analyse verlangt.<sup>210</sup>
- 80 Die hier beschriebene Wirkung des Endzwecks auf das Gesellschaftsinteresse gilt jedoch nur für den wirtschaftlichen Endzweck. Was der nichtwirtschaftliche bzw. der gemischte Endzweck für das Gesellschaftsinteresse bedeutet, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit (Kapitel 3 II. und Kapitel 4 II.).

## 9. Haftung des Verwaltungsrats

### a) Zivilrechtliche Haftung

- 81 Der Verwaltungsrat und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen haften nach Art. 754 Abs. 1 OR gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären sowie den Gesellschaftsgläubigern für

---

<sup>204</sup> Daneben kommen bei der nicht gewinnstrebigen Aktiengesellschaft die Gewährung anderer vermögensrechtlicher Vorteile in Frage, die nicht in Form von Geld ausgeschüttet werden. Siehe dazu vorne N 38 ff.

<sup>205</sup> Die Generalversammlung als Organ der Aktiengesellschaft entscheidet über die Festsetzung der Dividende (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) und über die Liquidation der Gesellschaft (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR und Art. 736 Ziff. 2 OR).

<sup>206</sup> Die wichtigste Ausnahme ist das aktienrechtliche Institut der Vinkulierung (Art. 685 ff. OR).

<sup>207</sup> SOMMER, S. 55; SHK OR-WALDBURGER, Art. 626 N 3.

<sup>208</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 281.

<sup>209</sup> Vgl. WATTER/SPILLMANN, S. 105. Siehe auch MADÖRIN, S. 61, wonach die obersten drei Gebote für den Verwaltungsrat Oberleitung, Unternehmensführung und Gewinn seien. Ferner VON PLANTA, Aktionäre, S. 399, wonach der wirtschaftliche Endzweck die überschüssende Finalität ist, die verlangt, dass langfristig und nachhaltig Werte zugunsten der Aktionäre geschaffen werden.

<sup>210</sup> GERICKE/WALLER, S. 105; WATTER/SPILLMANN, S. 108, 112, 115.



den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Solche Pflichten können sich aus Art. 716 ff. OR oder aus den Statuten ergeben.<sup>211 212</sup>

Bei der nachträglichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden ist laut Bundesgericht Zurückhaltung angezeigt. Soweit ein Geschäftsentscheid auf einer einwandfreien und angemessenen Informationsbasis beruht und ein von Interessenkonflikten freier Entscheidprozess stattgefunden hat, wird inhaltlich nur noch geprüft, ob der Geschäftsentscheid als «vertretbar» erscheint.<sup>213</sup> Diese Haltung entspricht der inhaltlichen Zielsetzung der sog. *Business Judgment Rule*.<sup>214</sup> Hinter diesem Begriff steht der Gedanke, Gerichten die Kontrolle über das Ermessen von Geschäftsentscheiden zu entziehen.<sup>215</sup>

Nichtsdestotrotz wird sich der Richter in einem Haftpflichtprozess die Frage stellen, ob der Verwaltungsrat im Interesse der Gesellschaft gehandelt hat, das heisst, zum richtigen Zeitpunkt und in vertretbarer Weise aktiv geworden ist. Die Handlungen des Verwaltungsrats werden demnach auch einer inhaltlichen Prüfung unterzogen, doch geschieht dies im Sinne der *Business Judgment Rule* mit Zurückhaltung.<sup>216</sup> Verantwortlichkeitsklagen sind in der Praxis, solange die Gesellschaft intakt ist, sehr selten. Sobald es jedoch zum Konkurs kommt, gehören sie zur Routine.<sup>217</sup>

## b) Öffentlich-rechtliche Haftung

Neben der zivilrechtlichen untersteht der Verwaltungsrat auch einer öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit im Bereich des Steuer- und Abgaberechts sowie im Sozialversicherungsrecht. Er haftet insbesondere solidarisch für Verrechnungssteuern,<sup>218</sup> direkte Bundessteuern<sup>219</sup> und Mehrwertsteuern<sup>220</sup> sowie für AHV-<sup>221</sup> und Pensionskassenbeiträge.<sup>222</sup>

Namentlich die subsidiäre Haftung des Verwaltungsrats und der mit der Geschäftsführung betrauten Personen für Sozialabgaben nach Art. 52 AHVG ist von grosser praktischer Bedeutung. Die Rechtsprechung wendet regelmässig einen äusserst strengen Massstab bei der Prüfung der Sorgfaltspflicht an, so dass der Haftung nach Art. 52 AHVG beinahe die Qualität einer Kausalhaftung zukommt.<sup>223</sup> Die

<sup>211</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 20.

<sup>212</sup> Siehe zur Haftung nach Art. 754 OR ausführlicher hinten N 81 ff., 271 ff.

<sup>213</sup> Urteil des BGer 4A\_259/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.1 m.w.H.; BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26 m.w.H. Vgl. auch VOGT, Absichtsanfechtung und Sorgfaltspflicht, S. 98 m.w.H.

<sup>214</sup> Die *Business Judgment Rule* ist ein *terminus technicus* des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts. Siehe dazu etwa GERICKE/WALLER, S. 291.

<sup>215</sup> GERICKE/WALLER, S. 292.

<sup>216</sup> VOGT/BÄNZIGER, S. 621.

<sup>217</sup> FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, S. 105; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 587.

<sup>218</sup> Art. 15 VStG (Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21)).

<sup>219</sup> Art. 55 DBG (Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)).

<sup>220</sup> Art. 15 MWSTG (Bundesgesetz über Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (SR 641.20)).

<sup>221</sup> Art. 52 AHVG (Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)).

<sup>222</sup> Art. 76 und 77 Abs. 2 BVG (Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (831.40)).

<sup>223</sup> FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, S. 230. Immerhin sei in neuerer Zeit eine gewisse Auflockerung erkennbar.

steuerrechtlichen Haftungen sind schon von Gesetzes wegen als Kausalhaftungen konzipiert, so dass kein Verschulden der verantwortlichen Personen erforderlich ist. Immerhin steht den Organen der Entlastungsbeweis offen, alles ihnen Zumutbare zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderungen unternommen zu haben.<sup>224</sup>

### c) Strafbarkeit

- 86 Pflichtverletzungen durch Organe einer Aktiengesellschaft können neben zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Im Zusammenhang mit der konkreten Aufgabenerfüllung durch einen Verwaltungsrat ist insbesondere Art. 158 StGB<sup>225</sup> (ungetreue Geschäftsbesorgung) von Bedeutung. Demnach macht sich unter anderem strafbar, wer aufgrund eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten, und unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere in seinem Vermögen geschädigt wird.<sup>226</sup>

## II. Sportspezifische Grundlagen

### Vorbemerkung

- 87 In diesem Abschnitt werden die für die vorliegende Arbeit relevanten sportspezifischen Grundlagen dargestellt. Dabei wird zunächst der Begriff Sport, seine Bedeutung und sein Bezug zum Recht betrachtet (1.). Sodann werden die Strukturen und Verflechtungen der beteiligten Rechtsgebilde im organisierten Sport beleuchtet (2.). Abschliessend folgt ein Überblick über die Organisationsstruktur im Schweizer Fussball und Eishockey (3.).

### 1. Sport

#### a) Begriff Sport

- 88 Eine allgemein anerkannte Definition des Begriffs Sport gibt es nicht.<sup>227</sup> *Sport* dient gemeinhin als Sammelbezeichnung für freiwillige körperliche und geistige Betätigung von Menschen.<sup>228</sup> Der Europarat definiert Sport in der Europäischen Charta als «jegliche Form körperlicher Ertüchtigung, die innerhalb oder ausserhalb von Vereinen betrieben wird, um die körperliche und seelische Verfassung zu verbessern, zwischenmenschliche Beziehungen zu entwickeln oder ergebnisorientierte Wettkämpfe auf allen Ebenen zu bestreiten».<sup>229</sup> Nach dieser Definition fällt nahezu jede körperliche Betätigung darunter. Sport

---

<sup>224</sup> FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, S. 231 f.

<sup>225</sup> StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311)).

<sup>226</sup> Siehe hinten N 278 ff.

<sup>227</sup> Vgl. zum Begriff Sport und zu den bisherigen Definitionen KAISER, S. 3 ff.; THALER, S. 2 ff.

<sup>228</sup> HÜGI, § 1 N 1.

<sup>229</sup> Europäische Charta des Sports; in der deutschen Übersetzung in WEISSBUCH SPORT, S. 2 FN 2.

kann darüber hinaus auch in die Kategorien «überwiegend körperlich» oder «überwiegend geistig» unterteilt werden.<sup>230</sup> Beispiele für geistigen Sport wären Schach oder Bridge. Zudem sind die Grenzen zwischen Sport und Kunst zuweilen fließend, was etwa der Tanzsport mit seiner körperlichen wie gleichermassen künstlerischen Komponente gut veranschaulicht.<sup>231</sup> Eine weitere Unterteilung des weitläufigen Sportbegriffs lässt sich insbesondere anhand der Kriterien «Streben nach Leistung» und «Leistungsvergleich» vornehmen. Damit ist die Unterteilung in den reinen Gesundheitssport ohne Leistungsvergleich und in den Wettkampfsport angesprochen, wobei bei Letzterem zwischen Freizeit- bzw. Amateursport und Spitzen- bzw. Berufssport unterschieden wird.<sup>232</sup>

## b) Bedeutung des Sports

Die hohe gesellschaftliche Bedeutung des Sports ist unbestritten und äussert sich in vielen Lebensbereichen. Dem Sport wird eine entwicklungs- und friedensfördernde Funktion zugesprochen.<sup>233</sup> Daneben wirkt er in erzieherischer und sozialer Weise.<sup>234</sup> Diese Funktion ist ein tragendes Element des *Olympischen Ideals*, das auf allgemein gültigen ethischen Grundsätzen beruht. Die Ausübung von Sport wird dabei als Menschenrecht verstanden, das jeder Mensch ohne jegliche Diskriminierung beanspruchen kann.<sup>235</sup> Zudem hat die regelmässige körperliche Betätigung einen positiven Einfluss auf die Gesundheit der Bevölkerung.<sup>236</sup> Weiter vermittelt er Werte zur Entwicklung sozialer Kompetenzen, indem Grundsätze wie Fairness, Disziplin und Solidarität hochgehalten werden.<sup>237</sup>

Sport ist auch von erheblicher volks- und betriebswirtschaftlicher Tragweite.<sup>238</sup> In der Schweiz sind rund 19'000 Sportvereine aktiv, denen insgesamt ein Viertel der Schweizer Bevölkerung angehört.<sup>239</sup> Die Jahresgesamteinnahmen dieser Vereine belaufen sich auf über CHF 1 Mrd.<sup>240</sup> Dazu kommt die wirtschaftliche Bedeutung des kommerzialisierten, professionellen Sports.<sup>241</sup> Wird der gesamte Sportmarkt, das heisst die gesamte Sportartikel- und Sportfreizeitindustrie, mit eingerechnet, resultieren um ein Vielfaches höhere Summen.<sup>242</sup> Die Schweizer Sportwirtschaft erzielt aktuell einen jährlichen Umsatz von

<sup>230</sup> KAISER, S. 4.

<sup>231</sup> Vgl. dazu KAISER, S. 7.

<sup>232</sup> Zum Ganzen SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 299. Vgl. auch KAISER, S. 3; HÜGL, § 1 N 1 ff.

<sup>233</sup> HÜGL, § 3 N 5 ff., § 5 N 1 ff., der insbesondere auf das Olympische Ideal hinweist, welches als Leitfaden zur Verwirklichung einer besseren und friedlichen Welt verstanden werden kann, indem es Frieden, Gleichberechtigung, Dialog und Harmonie fördert und zur Völkerverständigung beiträgt.

<sup>234</sup> Siehe zur sozialen Funktion, KAISER, S. 118 ff.; HÜGL, § 5 N 6 ff.

<sup>235</sup> Olympic Charter (2 August 2015), Fundamental Principles of Olympism, S. 13, abrufbar unter <<https://www.olympic.org> => About => Olympic Charter> (Stand 28. Februar 2018).

<sup>236</sup> Vgl. Art. 1 SpoFög (Bundesgesetz über die Förderung von Sport und Bewegung vom 17. Juni 2011 (SR 415.0), *Sportfördergesetz*); Botsch. Sportförderungsgesetz, 8197 ff.

<sup>237</sup> Vgl. HÜGL, § 5 N 1 ff.; ZEN-RUFFINEN, Droit du Sport, N 3 ff.

<sup>238</sup> HÜGL, § 5 N 10 ff. Vgl. auch KAISER, S. 27 ff., 116 ff.

<sup>239</sup> LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, S. 7.

<sup>240</sup> LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, S. 13.

<sup>241</sup> Vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 199. Die Kommerzialisierung des Sports erfolgt insbesondere über die Verwertung von immateriellen Eigentumsrechten (Urheberrechte, Markenrechte, Rechte betreffend Merchandising, Bildrechte, Medienrechte).

<sup>242</sup> HÜGL, § 5 N 21.

CHF 20,7 Mrd. und erzielt daraus eine Wertschöpfung von CHF 10,3 Mrd.<sup>243</sup> Rund CHF 1,5 Mrd. dieser Wertschöpfung entfallen auf Sportvereine und Sportverbände, wobei die obersten beiden Spielklassen im Fussball und Eishockey etwa einen Viertel dazu beitragen.<sup>244 245</sup>

### c) Sportrecht

- 91 Beim *Sportrecht* handelt es sich nicht um ein eigenes legifertiertes Rechtsgebiet.<sup>246</sup> Sportrecht ist vielmehr als Querschnittsmaterie verschiedener Rechtsgebiete zu verstehen, wobei Sachverhalte mit Sportbezug juristisch eingeordnet werden.<sup>247</sup> Insofern ist der Terminus als Oberbegriff rechtlicher Problemstellungen mit einem Bezug zum Sport zu verstehen.<sup>248</sup> Da ein solcher Oberbegriff sehr weit reichen kann, drängt sich eine Unterscheidung zwischen Sportrecht *im engeren Sinne* und Sportrecht *im weiteren Sinne* auf.<sup>249</sup> Von Sportrecht im engeren Sinne kann dann gesprochen werden, wenn zwischen einer sportspezifischen Regelung und der allgemeinen Rechtsordnung ein Spannungsverhältnis besteht.<sup>250</sup> Mit anderen Worten ist immer dann von Sportrecht im engeren Sinne auszugehen, wenn ein spezifisches sportliches Bedürfnis – unabhängig davon, ob diesbezüglich eine privatautonome Regelung besteht oder nicht – in einem Spannungsfeld zu zwingendem staatlichen Recht steht. Bei Sportrecht im weiteren Sinne liegt demgegenüber kein solches Spannungsverhältnis vor. Hierbei geht es lediglich um rechtliche Problemfelder (bei denen ein Spannungsverhältnis zwischen einem allgemeinen privaten Bedürfnis und der Rechtsordnung besteht), die einen allgemeinen Bezug zum Sport haben.<sup>251</sup> Zu unterscheiden ist der Begriff Sportrecht von der sog. *lex sportiva*. Unter der *lex sportiva* werden die von den Rechtssprechungsorganen der Verbände sowie von eingesetzten Schiedsgerichten<sup>252</sup> erarbeiteten Grundsätze verstanden, welche allgemeine Anerkennung beanspruchen wollen.<sup>253</sup> Von Sportrecht wird schliesslich auch in Bezug auf Erlasse gesprochen, welche Sachverhalte aus dem Bereich des Sports regeln.

---

<sup>243</sup> RÜTTER/RIESER/HELLMÜLLER/SCHWEHR/HOFF, S. 5.

<sup>244</sup> RÜTTER/RIESER/HELLMÜLLER/SCHWEHR/HOFF, S. 14, mit dem Hinweis, dass die in der Schweiz lokalisierten internationalen Sportverbände rund 45 % der Wertschöpfung ausmachen.

<sup>245</sup> Zum Ganzen DIACONU, S. 2 ff.; HÜGL, § 5 N 1 ff.; KAISER, S. 15 ff.; RÜTTER/RIESER/HELLMÜLLER/SCHWEHR/HOFF, S. 1 ff.

<sup>246</sup> HÜGL, § 4 N 1.

<sup>247</sup> HÜGL, § 4 N 1; KAISER, S. 205; SCHERRER, Sportrecht im Wandel, S. 5; ZEN-RUFFINEN, Droit du Sport, S. 7; zum Verhältnis von Sport und Recht im Allgemeinen KAISER, S. 123 ff.; SCHERRER, Sportrecht im Wandel, S. 5 f.

<sup>248</sup> Vgl. KAISER, S. 204.

<sup>249</sup> So KAISER, S. 210. Vgl. auch KALBERMATTER, S. 3.

<sup>250</sup> Vgl. KAISER, S. 210, der in einer – aufgrund eines Regelverstosses – ausgesprochenen und somit vereinsrechtlichen Sperre eine im engeren Sinne sportrechtliche Frage der rechtlichen Zulässigkeit sieht.

<sup>251</sup> Vgl. KAISER, S. 210 mit dem Beispiel eines gewöhnlichen Sponsoringvertrags, wobei auch bei einem solchen sportrechtlichen Fragen im engeren Sinne denkbar wären, bspw. wenn die Sponsoring-Leistung einen fingierten Gönnerbeitrag darstellt oder wenn der Sponsoringvertrag vom Erreichen spezifischer sportlicher Ziele abhängig ist. Ein treffenderes Beispiel wäre bspw. die betriebsrechtliche Vollstreckung einer Forderung, deren Grundlage im Erwerb eines Eintrittstickets zu einer Sportveranstaltung besteht.

<sup>252</sup> Das bedeutendste Schiedsgericht im Bereich des Sports ist der internationale Sportgerichtshof (TAS/CAS) ins Lausanne.

<sup>253</sup> Im Urteil des BGer 4A\_116/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 4.2.3 hat es das Bundesgericht abgelehnt, den Begriff der guten Sitten in Verbindung mit dem *ordre public* für spezifische sportrechtliche Problemfelder

## 2. Organisierter Sport

### a) Sport als Gegenstand der Rechtsordnung

Die Schweiz kennt keine eigentliche Sportrechtskodifizierung.<sup>254</sup> Vereinzelt ist der Gesetzgeber jedoch im Bereich des Sports tätig geworden. Auf Verfassungsstufe ist Art. 68 BV zu erwähnen, dem zufolge der Bund den Sport und insbesondere die Ausbildung fördert (Abs. 1), eine Sportschule betreibt (Abs. 2) und Vorschriften über den Jugendsport erlassen sowie den Sportunterricht an Schulen für obligatorisch erklären kann (Abs. 3).<sup>255</sup> Auf Bundesgesetzesebene bezweckt das Sportförderungsgesetz (SpoFöG) die Steigerung der Sport- und Bewegungsaktivität der Bevölkerung (Abs. 1 lit. a), die Erhöhung des Stellenwerts des Sports und der Bewegung in Erziehung und Ausbildung (Art. 1 Abs. 1 lit. b), die Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen zur Förderung des leistungsorientierten Nachwuchs- und des Spitzensports (Abs. 1 lit. c), die Förderung von Verhaltensweisen, mit denen die positiven Werte des Sports in der Gesellschaft verankert und unerwünschte Begleiterscheinungen bekämpft werden (Abs. 1 lit. d), und die Verhinderung von Unfällen bei Sport und Bewegung (Abs. 1 lit. e).<sup>256</sup> Diese Ziele sollen insbesondere durch Unterstützung und Durchführung von Programmen und geeigneten Massnahmen erreicht werden.<sup>257</sup> Das SpoFöG zielt somit in erster Linie auf die breite Bevölkerung ab. Für den Bereich des leistungsorientierten Nachwuchssports und des Spitzensports sieht es lediglich in Art. 16 die Unterstützung von Leistungssportlern vor. Nicht explizit vorgesehen ist demgegenüber die Unterstützung von Leistungssportklubs. Auch auf kantonaler und kommunaler Ebene finden sich Bestimmungen betreffend Sportförderung, wobei auch hier die Förderung des Sports in allgemeiner Weise im Zentrum steht und keine Regelungen in Bezug auf den organisierten Sport existieren.<sup>258 259</sup>

92

Die Organisation des Sports wird ebenso wenig staatlich reguliert. Sie wird dem privaten Sektor überlassen, der sich der Rechtsform des Vereins als Dachorganisationsform bedient. In jüngerer Zeit befasst sich der Bundesgesetzgeber indessen vermehrt mit der Frage nach staatlicher Regulierung.<sup>260</sup>

93

---

zu zersplittern, und sich somit gegen eine *lex sportiva* ausgesprochen. Siehe zur *lex sportiva* im Allgemeinen SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 212 f. Vgl. auch HÜGLI, § 4 N 5 ff. m.w.H. Siehe zudem BGE 132 III 285 E. 1.3 S. 289, wonach private Regelwerke von Sportverbänden nur als Parteiabreden anerkannt werden, welche zwingenden nationalrechtlichen Bestimmungen nachgehen und nicht als «*lex sportiva transnationalis*» Geltung beanspruchen können.

<sup>254</sup> Anders als bspw. Frankreich und Spanien, siehe sogleich N 96.

<sup>255</sup> Siehe zu Art. 68 BV. Vgl. auch HÜGLI, § 7 N 3 ff.; THALER, S. 16 f.

<sup>256</sup> Art. 1, Abs. 1 SpoFöG. Vgl. auch Botsch. Sportförderungsgesetz, 8201 f. Vgl. HÜGLI, § 3 N 35.

<sup>257</sup> Art. 1 Abs. 2 SpoFöG.

<sup>258</sup> Bspw. auf kantonaler Ebene Art. 121 KV ZH, Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101) und auf kommunaler Ebene Art. 74 lit. d der Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970 (AS 101.100). Siehe dazu THALER, S. 16 ff. m.w.H. betreffend Sport in der Gesetzgebung.

<sup>259</sup> Zum Ganzen HÜGLI, § 7 N 3 ff.

<sup>260</sup> Mit dem Postulat Po. Rytz wurde gefordert, neben der Prüfung, ob Sportorganisationen als Kapitalgesellschaften zu organisieren seien, sei auch zu prüfen, ob eine spezielle staatliche Aufsicht für solche Sportorganisationen sinnvoll sei. Ebenso wollte das Postulat Po. Wermuth die Möglichkeit der Schaffung einer speziellen Rechtsform «Internationaler Sportverband» geprüft haben. Beide Postulate wurden indessen abgelehnt. Weiter wurde die Motion Mo. Sommaruga abgelehnt, die eine legislatorische Regelung von ideellen und gewinnorientierten Tätigkeiten verlangte.

## b) Private Organisationsstruktur des Sports

- 94 Die schweizerische Sportlandschaft wird vom Prinzip der Selbstregulierung geprägt.<sup>261</sup> Die Organisation der einzelnen Sportarten erfolgt über Dachorganisationen, welche als Vereine im Sinne von Art. 60 ff. ZGB organisiert sind.<sup>262</sup> Sie sind Mitglieder des obersten Schweizer Dachverbandes, der Swiss Olympic Association.<sup>263</sup> Diese Struktur wird als *pyramidale Struktur* bezeichnet.<sup>264</sup> Der Sport ist demnach monopolistisch-hierarchisch organisiert, das heisst, eine einzige Instanz regelt – um die nationale und auch internationale Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit von Wettkämpfen zu gewährleisten – die Organisation von oben nach unten. Um die gewünschte Vereinheitlichung zu erreichen, ist es zwingend, dass nur ein einziger Dachverband die jeweilige Sportart auf nationaler Ebene vertritt. Es wird vom *Ein-Verband-Prinzip* bzw. *Ein-Platz-Prinzip* gesprochen.<sup>265</sup> Resultat dieses für den organisierten Sport anerkanntermassen zwingenden Prinzips ist eine Monopolisierung (auch *Monopolstellung des Sports*<sup>266</sup>), die aus wettbewerbs- und kartellrechtlicher Sicht problematisch werden kann.<sup>267</sup>
- 95 Der schweizerische Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB ist durch eine weitreichende Autonomie gekennzeichnet. Sportorganisationen machen von dieser Möglichkeit der Selbstbestimmung in grossem Umfang Gebrauch.<sup>268</sup> Dadurch kann den Eigenheiten und besonderen Bedürfnissen im Sport Rechnung getragen werden. Da es die Sportorganisationen (Regionalverbände oder direkt die Sportklubs) sind, die als Vereinsmitglieder die Geschicke des Nationalverbandes lenken, findet in gewisser Weise eine Selbstregulierung statt.<sup>269</sup> Die weitreichende Vereinsautonomie ist einer der Hauptgründe dafür, dass sich in der Schweiz die Rechtsform des Vereins als Organisationsform für (nationale und internationale) Dachverbände durchgesetzt hat. Die Vereinsform ist indessen weder selbstverständlich noch zwingend.<sup>270</sup>
- 96 Auch in anderen Ländern ist das Prinzip der privaten Organisationsstruktur vorherrschend. In Deutschland und Österreich sind die Dachverbände ebenfalls als Vereine organisiert.<sup>271</sup> Ebenso sind in Frankreich die Sportverbände in die Rechtsform des Vereins gekleidet, allerdings wird die Funktion bestimmter Sportverbände dort als «öffentliche Aufgabe» verstanden, so dass diese in gewisser Weise als

---

<sup>261</sup> HÜGI, § 8 N 1 ff.; SCHERRER, Sportrecht im Wandel, S. 7. Vgl. auch KALBERMATTER, S. 9.

<sup>262</sup> Bspw. SIHF, SFV. Vgl. HÜGI, § 8 N 42, wonach auch von einem *Vereinsverband* gesprochen werden kann.

<sup>263</sup> Die Swiss Olympic Association ist ebenfalls ein (im Handelsregister eingetragener) Verein nach Art. 60 ff. ZGB.

<sup>264</sup> DIAS, S. 91 ff.; HAAS/MARTENS, S. 38 f.; HÜGI, § 8 N 7 ff.; KAISER, S. 56.

<sup>265</sup> HAAS/MARTENS, S. 39 f.; HÜGI, § 8 N 17 ff.; KAISER, S. 56; PHILIPP, S. 5 f.; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 117; THALER, S. 20 f.; ZEN-RUFFINEN, Droit du Sport, N 103.

<sup>266</sup> HAAS/MARTENS, S. 39 f.

<sup>267</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 117. Siehe zur Monopolstellung des Sportverbandes (betreffend den Schweizerischen Amateurringerverband) auch BGE 121 III 350 E. 6d S. 356 f.

<sup>268</sup> HÜGI, § 8 N 33 ff.; KAISER, S. 129.

<sup>269</sup> Vgl. zum Begriff der Selbstregulierung FORSTMOSER/VOGT, § 7 N 66.

<sup>270</sup> Der Schweizerische Eishockeyverband (heute SIHF) hatte zeitweise (1999–2011) die Organisation der Nationalliga über eine GmbH strukturiert (Schweizerische Eishockey Nationalliga GmbH).

<sup>271</sup> Betreffend Deutschland HAAS/MARTENS, S. 22 ff. Betreffend Österreich HOLZER/REISSNER, S. 10; REISINGER, S. 10.

verlängerter Arm des zuständigen Sportministeriums operieren.<sup>272</sup> Der französische *Code du sport*<sup>273</sup> enthält auch Bestimmungen darüber, welche Anforderungen Dachverbände und professionelle Sportligen erfüllen müssen.<sup>274</sup> Auch in Spanien haben Sportverbände eine staatliche Funktion inne, indem sie mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe in einem öffentlich-rechtlichem Verhältnis betraut werden.<sup>275</sup>

### c) Rechtsformen der Verbandsmitglieder

#### aa) Der Verein als traditionelle Rechtsform für Sportklubs

Die Frage der geeigneten Rechtsform für eine Sportorganisation stellt sich nicht nur auf Verbandsstufe, sondern auch auf Klubstufe, also auf der Stufe der Organisationen, die aktiv am sportlichen Wettkampf teilnehmen.<sup>276</sup> In der Schweiz sind die meisten Sportorganisationen als Vereine im Sinne von Art. 60 ff. ZGB konstituiert.<sup>277</sup> Die Rechtsform des Vereins ist geradezu zugeschnitten für das weit verbreitete Erscheinungsmuster des Sportklubs, in dem der Sporttreibende selbst Vereinsmitglied ist, und hat sich für den Amateur- und Freizeitbereich bewährt.<sup>278</sup> Anders präsentiert sich die Lage im Berufssport.<sup>279</sup> Aktuell sind alle Sportklubs der obersten zwei Ligen im Schweizer Eishockey und Fussball als Aktiengesellschaften organisiert.<sup>280</sup> Theoretisch wären jedoch auch andere Formen denkbar, namentlich die Stiftung oder andere Handelsgesellschaften wie etwa die GmbH oder die Genossenschaft. Die Gründe, warum in der Schweiz nahezu alle Klubs als Sportaktiengesellschaften konstituiert sind, lassen sich, wie nachfolgend aufgezeigt wird, vor allem bei einer entstehungszeitlichen Betrachtung nachvollziehen.

97

#### bb) Objektiv-entstehungszeitliche Einbettung und Rechtsformpflicht

Es ist davon auszugehen, dass sämtliche schweizerischen Sportaktiengesellschaften ursprünglich aus einem Verein hervorgegangen sind. Präziser gesagt waren alle Mannschaften, die heute von

98

<sup>272</sup> HAAS, S. 585 ff.; HAAS/MARTENS, S. 43 f., wonach hierbei von einem *interventionistischen Sportmodell* gesprochen werden kann. Zum interventionistischen Modell sind ferner Spanien und Italien zu zählen. Vgl. ZEN-RUFFINEN, La forme juridique, S. 39 ff.

<sup>273</sup> Code du sport, Loi N° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives. Der Code du sport regelt dabei verschiedene sportrechtliche Fragestellungen, namentlich das (Landes-)Verbandswesen.

<sup>274</sup> Code du sport, Titre III; L131-1 à L132-2.

<sup>275</sup> LÓPEZ BATET/VÁZQUEZ MORAGA, S. 172 f.

<sup>276</sup> Zur Frage der geeigneten Rechtsform für Sportklubs, BADDELEY, Gesellschaftsformen für Sportvereinigungen, S. 99 ff.; HÜGI, § 8 N 29 ff.; PETER, La société sportive «idéale», S. 23 ff.; SCHERRER, Aktiengesellschaft im Schweizer Fussball, S. 42 ff.; SCHERRER, Aktuelle Rechtsfragen bei Sportvereinen, S. 56 f.; SCHERRER, Kapitalgesellschaften, S. 9 ff.

<sup>277</sup> HÜGI, § 8 N 33; OSWALD, S. 291 ff.

<sup>278</sup> SCHERRER, Verantwortlichkeit, S. 223.

<sup>279</sup> Siehe zum Begriff Spitzen- bzw. Leistungssport vorne N 88.

<sup>280</sup> Mit dem Ausscheiden des FC Le Mont-sur-Lausanne und dem Aufstieg des FC Rapperswil-Jona (FC Rapperswil-Jona 1928 AG) per Saison 2017/2018 ist der letzte Verein aus der Challenge League und dem Professional-Sport verschwunden.

Aktiengesellschaften «betrieben» werden, zuvor in einen Verein eingegliedert. Mit zunehmender Kommerzialisierung, insbesondere auch durch die Einführung des Privatfernsehens, nahm die wirtschaftliche Bedeutung des Sports kontinuierlich zu.<sup>281</sup> Damit zusammenhängend wurde Kritik laut, ob die Vereinsform mit ihrer freiheitlichen Ordnung und ihrem ideellen Charakter noch die richtige Gesellschaftsform sei, wo es sich doch um Unternehmen mit Millionenumsätzen und gutverdienenden Spielern als Arbeitnehmer handle.<sup>282</sup> Vor allem wurde hinterfragt, ob bei einem Sportklub überhaupt noch von nichtwirtschaftlicher Zweckverfolgung gesprochen werden könne oder ob es nicht eher angebracht sei, der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft mit ihrer auf wirtschaftliche Tätigkeit ausgerichteten Struktur und weitaus detaillierteren gesetzlichen Regulierung den Vorzug zu geben.<sup>283</sup> Man erhoffte sich auch, dass die Aktiengesellschaft mit ihrer grundsätzlichen Gewinnorientierung die Klubs dazu bewegen würde, wirtschaftlich rationaler zu agieren.<sup>284</sup> Gleichzeitig sollten die Vereinsvorstände, denen regelmässig vorgeworfen wurde, sie trachteten nach eigener Selbstdarstellung mittels sportlicher Erfolge, durch den gewinnorientiert handelnden Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft ersetzt werden.<sup>285</sup> Weiter unterlagen die Vereine bis anfangs 2008 nicht denselben Rechnungslegungsvorschriften, weshalb man sich durch die Umwandlung zu Aktiengesellschaften mehr Transparenz in der Buchführung – und somit auch sorgfältigeres Wirtschaften versprach.<sup>286</sup> Darüber hinaus verbesserte die Umwandlung von Vereinen in Aktiengesellschaften die Aussicht auf kurzfristige Kapitalbeschaffung.<sup>287</sup> Schliesslich erhofften sich etliche in finanzieller Schieflage befindliche Sportklubs mit dem Aktienrecht bessere Sanierungsmöglichkeiten.<sup>288</sup> Die schwierige finanzielle Situation vieler Sportklubs und die wachsende wirtschaftliche Dimension beschäftigten auch die Dachverbände.<sup>289</sup> Die SIHF führte deshalb ab 1999/2000 für alle Nationalligaklubs die Pflicht zur Organisation als Aktiengesellschaft ein.<sup>290</sup> Auch im Schweizer Fussball ist für die Super League die Konstituierung als Aktiengesellschaft zwingend vorgeschrieben.<sup>291</sup> Die Diskussion im Vorfeld der Einführung dieser «Rechtsformpflicht» wurde aber nicht unter

---

<sup>281</sup> HÜGI, § 5 N 14 ff.; SCHERRER, Aktuelle Rechtsfragen bei Sportvereinen, S. 55 f. Vgl. ferner BURGHARDT, S. 32 ff.; HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 127 ff.; KAISER, S. 117 f.

<sup>282</sup> SCHERRER, Kapitalgesellschaften im Schweizer Sport, S. 11.

<sup>283</sup> Zustimmend SCHERRER, Kapitalgesellschaften im Schweizer Sport, S. 12. Vgl. auch HÜGI, § 7 N 29, der in diesem Zusammenhang von *Corporate Governance-Problemen* spricht.

<sup>284</sup> BADDELEY, Gesellschaftsformen für Sportvereinigungen, S. 110.

<sup>285</sup> SCHÄFER, S. 36 f.; DIAS, S. 102.

<sup>286</sup> Vgl. Art. 69a, 69b und 69c ZGB in Kraft seit 1. Januar 2008. Siehe dazu DIAS, S. 102 ff.

<sup>287</sup> SCHERRER, Kapitalgesellschaften im Schweizer Sport, S. 12. Im schwierigen wirtschaftlichen Umfeld von Sportklubs ist der Aspekt der kurzfristigen Kapitalbeschaffung nicht zu unterschätzen. Siehe zum wirtschaftlichen Umfeld von Sportklubs hinten N 114 ff.

<sup>288</sup> Kritisch dazu: SCHERRER, Kapitalgesellschaften im Schweizer Sport, S. 14. Vgl. auch SCHERRER, Sportrecht im Spannungsfeld, S. 293; KALBERMATTER, S. 17.

<sup>289</sup> Vereinsmitglieder der Dachverbände sind die Klubs, weshalb Entscheidungen auf Dachverbandsstufe in der Regel als Ausfluss des Willens der Klubs zu verstehen sind.

<sup>290</sup> Art. 5 Abs. 1 Reglement für die Erteilung der Spielberechtigung in der NLA und B und SIHF, abrufbar unter <<https://www.sihf.ch> => National League => Reglemente> (Stand 28. Februar 2018). Siehe auch SCHERRER, Die Aktiengesellschaft im schweizerischen Fussball, S. 42.

<sup>291</sup> Art. 12 Abs. 1 Statuten SFL Stand 07/2017, abrufbar unter <<http://www.sfl.ch> => Reglemente/Dokumente>. Für die Challenge-League ist demgegenüber der Verein nach Art. 60 ff. ZGB noch möglich.



typologischen Gesichtspunkten geführt,<sup>292 293</sup> denn die Aktiengesellschaft als typischerweise gewinnstrebige Gesellschaftsform enthält ein gewisses Konfliktpotential in Bezug auf die Verfolgung von sportlichen Zielen. Die ideelle Natur von sportlichen Zielen war in der Rechtsform des Vereins mit ideeller Zweckverfolgung grundsätzlich gut aufgehoben.<sup>294</sup> Durch die Einführung der Rechtsformpflicht wollten die Dachverbände vielmehr sicherstellen, dass die Klubs in einer ihrer wirtschaftlichen Bedeutung angemessenen Rechtsform organisiert sind.<sup>295</sup> Die Vereine wurden somit seitens der Verbände sozusagen von aussen her gezwungen, ihre Rechtsform innert einer vorgegebenen Frist zu ändern. Viele grundlegende Fragen dürften dabei nicht eingehend beantwortet worden sein, wie bspw. welche Personen bzw. Personengruppen aus welchen Gründen Aktien erwerben sollen oder ob fortan Gewinnstrebigkeit zu fordern sei. Erwerber der Aktien dürften regelmässig dieselben Personen gewesen sein, welche den Verein schon zuvor finanziell unterstützt hatten. Dass diese sich bei ihrem Entscheid, bei den neu gegründeten Sportaktiengesellschaften einzusteigen, von Renditeüberlegungen leiten liessen, ist kaum anzunehmen.<sup>296 297</sup>

Nachdem aus Sportvereinen Sportaktiengesellschaften entstanden waren, bestimmte ausschliesslich noch der jeweilige Zweckartikel die der Gesellschaft zugrunde liegenden Absichten. Damit ging ein einschneidender typologischer Wandel einher: Aus der Personengesellschaft wurde eine Kapitalgesellschaft,<sup>298</sup> aus dem Verein als juristische Person mit grundsätzlich ideellen Zielen eine Aktiengesellschaft und damit eine juristische Person mit grundsätzlich wirtschaftlichen Zielen.

### cc) Sportaktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft

Aus aktienrechtlicher Sicht sind die entstehungszeitlichen Hintergründe nicht von Bedeutung. Entscheidend – und für die vorliegende Arbeit zentral – ist, dass sich ein Sportklub nicht nur der Rechtsform der Aktiengesellschaft im Sinne eines Hilfsmittels *bedient*, sondern dass er eben selbst zu einer Aktiengesellschaft wird und sich deren gesetzlicher Ordnung umfassend unterwirft.<sup>299</sup> Die

<sup>292</sup> SCHERRER, Kapitalgesellschaften im Schweizer Sport, S. 10. Ferner zu den Nachteilen der Vereinsform DIAS, S. 101 ff.

<sup>293</sup> Typologische Fragen sind in Deutschland in Bezug auf die Zulässigkeit der Vereinsform für Sportklubs aktuell. So hat das Amtsgericht München (vgl. Pressemitteilung 73/16 betreffend Registersache FC Bayern München vom 16. September 2016) die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens wegen Rechtsformverfehlung gegen den FC Bayern München abgelehnt. Siehe dazu PUNTE, S. 48.

<sup>294</sup> Vgl. KALBERMATTER, S. 4, mit dem Hinweis auf das Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel, sportlichen Erfolg zu haben, und demjenigen, Gewinn zu maximieren. Im selben Sinne KAISER, S. 117 f. Ferner HAAS/MARTENS, S. 19 f.

<sup>295</sup> SCHERRER, Die Aktiengesellschaft im schweizerischen Fussball, S. 42.

<sup>296</sup> Illustrativ zeigte sich die fehlende Eignung von Aktientitel einer Sportaktiengesellschaft am Beispiel des Grasshopper-Clubs Zürich, der rund vier Jahre nach dem 1997 erfolgten Börsengang die Aktien wieder dekotierte, nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Titel eher als Liebhaber-Aktie bzw. Herz-Aktie denn als Finanzanlage wahrgenommen wurden. Siehe KAISER, S. 102 f. Vgl. auch SCHERRER, Kapitalgesellschaften, S. 15 f.; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 155.

<sup>297</sup> Hinter dem Erwerb von Anteilen können verschiedene Absichten stehen. Die Motivation kann neben den typischen wirtschaftlichen Interessen auch politischer Natur sein oder schlicht aus Eitelkeit erfolgen. Siehe dazu PETER, La forme juridique des clubs suisses, S. 13. Vgl. auch BURGHARDT, S. 136 ff.

<sup>298</sup> Die Kapitalgesellschaft ist von ihren Mitgliedern getrennt und demnach verselbständigt, siehe vorne N 8.

<sup>299</sup> Siehe dazu Grundsatz der Einheit im Aktienrecht vorne N 10.

Sportaktiengesellschaft ist folglich ganz einfach eine Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. OR. Charakteristisch für ihre Tätigkeit ist die Teilnahme an sportlichen Wettkämpfen,<sup>300</sup> bei welchen die Erreichung von leistungsvergleichenden<sup>301</sup> sportlichen Zielen angestrebt wird, verbunden mit der Vermarktung solcher Sportanlässe.<sup>302</sup>

- 101 Dieses Charakteristikum bezieht sich auf den Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld und sagt nichts über den Endzweck aus. Das Aktienrecht kennt insbesondere keine Spezialbestimmungen, die auf Sportaktiengesellschaften anwendbar wären. Insofern kann die Sportaktiengesellschaft als eine Erscheinungsform betrachtet werden, deren konkrete Ausgestaltung sich beliebig im Rahmen der grossen Elastizität des schweizerischen Aktienrechts bewegen kann. Versäumen es indessen die Gründer, das dispositive Aktienrecht für die innere Ausgestaltung der Gesellschaft zu nutzen, gilt die für die typische Aktiengesellschaft aufgestellte Ordnung und die damit verbundene Auslegung uneingeschränkt.<sup>303</sup>
- 102 Andere Länder überlassen die Wahl der Rechtsform für Sportklubs nicht oder jedenfalls nicht uneingeschränkt den Dachverbänden und somit der Selbstregulierung. So hat der französische Gesetzgeber mit dem *Code du sport* ein eigentliches Sportgesetz erlassen. Dabei war er offensichtlich bemüht, die sport-spezifischen Bedürfnisse und Eigenheiten mit der wirtschaftlich geprägten Natur der Handelsgesellschaften in Einklang zu bringen und zudem den Akteuren eine Auswahl an Möglichkeiten zur Verfügung zu stellen.<sup>304</sup> Das Resultat dieser Bemühungen sind mit der EUSRL,<sup>305</sup> der SAOS,<sup>306</sup> der SASP<sup>307</sup> und der SEMSL<sup>308</sup> insgesamt vier spezialgesetzliche Rechtsformen für Sportkapitalgesellschaften vor.<sup>309</sup> Das atypische und gewissermassen sportspezifische Element, wonach wirtschaftliche Interessen im Sport nicht bzw. nicht uneingeschränkt Vorrang beanspruchen sollen,<sup>310</sup> lässt sich kann am Beispiel der SAOS gut illustrieren. Zu ihren charakteristischen Eigenheiten zählt zunächst, dass ein Drittel der Aktien sowie der Stimmen in der Generalversammlung vom Verein, aus dem sie hervorgegangen ist

---

<sup>300</sup> Sportartikelhersteller oder andere Anbieter von Sportdienstleistungen wie bspw. Fitnessstudios sind demnach nicht als Sportaktiengesellschaften zu qualifizieren.

<sup>301</sup> Siehe zum Begriffselement «leistungsvergleichend» vorne N 155.

<sup>302</sup> Vgl. dazu SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 306.

<sup>303</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 3 f.

<sup>304</sup> SIMON/CHAUSSARD, S. 167.

<sup>305</sup> L'entreprise unipersonnelle sportive à responsabilité limitée; Code du sport, art. L122-2.

<sup>306</sup> Société anonyme à objet sportif; Code du sport, art. L122-2. Die SEMSL und die SAOS waren die ersten beiden Spezialrechtsformen, die der französische Gesetzgeber erliess. Durch die Einführung dieser zwei Typen, die Varianten der *société anonyme* (der französischen Aktiengesellschaft) darstellten, sollten neben einer Professionalisierung in der Betriebsführung des Unternehmens, auch die nötigen Rahmenbedingungen für potentielle Investoren geschaffen werden. Siehe dazu ZEN-RUFFINEN, La forme juridique des clubs sportifs, S. 41.

<sup>307</sup> Société anonyme sportive professionnelle, Code du sport, art. L122-2.

<sup>308</sup> Société d'économie mixte sportive locale, Code du sport, L122-12. Die SEMSL wurde im Jahr 2000 wieder aus dem Gesetz gestrichen, wobei bereits bestehende Gesellschaften diese Rechtsform beibehalten dürfen. Siehe dazu Code du sport, L122-12; SIMON/CHAUSSARD, S. 169.

<sup>309</sup> In der Praxis ist davon auszugehen, dass sich die Mehrheit der Sportorganisationen für die SASP entschieden haben. Siehe dazu SIMON/CHAUSSARD, S. 167; in der obersten französischen Fussballliga, der *Ligue 1*, nahmen bspw. in der Saison 2013/2014 insgesamt 18 Klubs als SASP und je ein Klub als SA und als EUSRL, an der Meisterschaft teil. Siehe HIERL/WEIB, S. 11. Vgl. auch BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, S. 237.

<sup>310</sup> KAISER, S. 117 f.

(Stammverein), gehalten werden muss, was zugleich bedeutet, dass die SAOS nicht an die Stelle des Vereins, sondern neben den weiterhin bestehenden Verein tritt.<sup>311</sup> Weiter dürfen die Mitglieder der *membres élus des organes de direction*, abgesehen von Spesenersatz, für ihre Funktion nicht entschädigt werden. Bemerkenswert ist zudem, dass die Ausschüttung von Dividenden nicht zulässig ist und allfällige Gewinne den Reserven zuzuweisen sind.<sup>312</sup> Die zahlreichen Einschränkungen der SAOS haben dazu geführt, dass ihr bei den Sportorganisationen kein grosser Erfolg beschieden war. Insgesamt wurde sie als zu einengend empfunden.<sup>313</sup> Die Konsequenz daraus war die Öffnung<sup>314</sup> gegenüber den gewöhnlichen Handelsgesellschaften<sup>315</sup> (SA,<sup>316</sup> SAS<sup>317</sup> und SARL<sup>318</sup>).<sup>319</sup>

Auch in Italien und Spanien<sup>320</sup> ist der Gesetzgeber aktiv geworden und hat Spezialgesetze für die Organisation von Sportklubs erlassen.<sup>321</sup> Namentlich hat der italienische Gesetzgeber 1981 die Rechtsformpflicht der Aktiengesellschaft oder der GmbH nach italienischem Recht eingeführt.<sup>322</sup> Diese Spezialrechtsform sah ursprünglich den Ausschluss von Gewinnausschüttungen an die Aktionäre vor.<sup>323</sup> Für die Professional-Sportklubs wurde jedoch ab 1996 der nichtwirtschaftliche Endzweck abgeschafft.<sup>324</sup> Stattdessen wurde eine Bestimmung aufgenommen, der zufolge mindestens zehn Prozent des erzielten Gewinns der Jugendausbildung zuzuwenden sind.<sup>325</sup> Der rechtliche Status von Sportkapitalgesellschaften mit nichtwirtschaftlichem Endzweck wird jedoch nach wie vor gesetzlich geregelt und steht kleinen

103

<sup>311</sup> Code du sport, L122-6.

<sup>312</sup> Code du sport, L122-10; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, S. 240; SIMON/CHAUSSARD, S. 168; ZEN-RUFFINEN, La forme juridique des clubs sportifs, S. 44. Vgl. auch WILL, S. 83 f., der in Bezug auf dieses Dividendenausschüttungsverbot kritisch die Frage aufwirft, wer denn dazu bereit wäre, sein Erbe in eine derartige Gesellschaft zu investieren.

<sup>313</sup> SIMON/CHAUSSARD, S. 167.

<sup>314</sup> Eingeführt durch das Gesetz *Loi du 1<sup>er</sup> février 2012* (LOI n°2012-158 du 1<sup>er</sup> février 2012 – art. 10).

<sup>315</sup> Code du sport, art. L122-2.

<sup>316</sup> Société anonyme. Entspricht in etwa der schweizerischen Aktiengesellschaft. Siehe Code de commerce, articles L225-1 à L225-270.

<sup>317</sup> Société par actions simplifiée. Entspricht ebenso in etwa der schweizerischen Aktiengesellschaft, darf ihre Aktien allerdings nicht an der Börse kotieren. Siehe Code de commerce, articles L227-1 à L227-19.

<sup>318</sup> Société à responsabilité limitée. Diese Rechtsform entspricht in etwa der schweizerischen GmbH. Siehe Code de commerce, articles L223-1 à L223-43.

<sup>319</sup> Ob eine Sportorganisation das Rechtskleid einer Sportrechtsgesellschaft oder eine der anderen Handelsgesellschaften annehmen muss, wird dabei in allgemeiner Weise definiert, indem eine Sportorganisation, deren Einnahmen EUR 1,2 Mio. übersteigen oder die ihre Angestellten mit mehr als insgesamt EUR 0,8 Mio. entschädigt, verpflichtet ist, eine der genannten Rechtsformen zu wählen. Werden diese Schwellenwerte überschritten, bleibt der Sportorganisation ein Jahr, um die Rechtsform zu wechseln, ansonsten sieht der Code du sport – notabene ein Gesetz und nicht etwa eine Verbandsnorm – ihren Ausschluss aus der Meisterschaft des jeweiligen Sportlandesverbandes vor (Code du sport, art. R122-1 und art. L122-4). Siehe dazu SIMON/CHAUSSARD, S. 160.

<sup>320</sup> Siehe zu den Rechtsformen der Sportklubs im Spitzensport HIERL/WEIB, S. 11.

<sup>321</sup> ZEN-RUFFINEN, La forme juridique des clubs sportifs, S. 39 ff., der die Länder Frankreich, Italien und Spanien in Bezug auf die gesetzgeberische Regelung des Sports als «interventionnistes» bezeichnet. Ferner zum interventionistischen Ansatz HAAS, S. 585 ff.

<sup>322</sup> WILL, S. 79; ZEN-RUFFINEN, La forme juridique des clubs sportifs, S. 50 f.

<sup>323</sup> WILL, S. 80; ZEN-RUFFINEN, La forme juridique des clubs sportifs, S. 50 f.

<sup>324</sup> SANINO/VERDE, S. 144, FN 99.

<sup>325</sup> Legge 18 novembre 1996, n. 586, art. 4 n. 1 b-bis.

Sportaktiengesellschaften offen.<sup>326</sup> In Deutschland (Fussball) und Österreich (Fussball und Eishockey) können demgegenüber Kapitalgesellschaften nicht selbständig, das heisst unabhängig vom Stammverein, Lizenznehmer sein. Nach der im Deutschen Fussball geltenden sog. «50+1-Regel» erhält eine Kapitalgesellschaft die Lizenz zur Teilnahme an der nationalen Fussballmeisterschaft nur dann, wenn der Stammverein (sog. Mutterverein) die Mehrheit der Beteiligungen hält.<sup>327 328</sup> Im österreichischen Fussball und Eishockey besteht die satzungsrechtliche Pflicht, dass nur ein gemeinnütziger Verein Mitglied beim Dachverband sein kann.<sup>329</sup> Die Ausgliederung des Spielbetriebs in eine Kapitalgesellschaft<sup>330</sup> wird dann aber zugelassen,<sup>331</sup> wobei der Verein Lizenznehmer bleibt und somit der Spielbetrieb als «Herzstück» an den Verein gekoppelt ist.<sup>332 333</sup> England kennt demgegenüber keine spezifischen gesetzlichen Bestimmungen für Sportorganisationen.<sup>334</sup>

### dd) Sportaktiengesellschaften in der Praxis

- 104 In der Schweiz sind die Sportaktiengesellschaften insbesondere im Fussball und Eishockey zu finden, wo sämtliche Professional-Sportklubs als nicht an der Börse kotierte Aktiengesellschaft konstituiert sind.<sup>335</sup> Die vorliegende Arbeit zielt auf diese zwei Sportarten und auf die Klubs der jeweils obersten

---

<sup>326</sup> Legge 27 dicembre 2002, n. 289 art. 90. Siehe zum Ganzen SANINO/VERDE, S. 142 ff.

<sup>327</sup> § 16c Satzung des deutschen Fussballbundes (DFB), abrufbar unter <<https://www.dfb.de>> Verbandsservice => Verbandsrecht => Satzung und Ordnungen> (Stand 28. Februar 2018). Daraus lässt sich schliessen, dass zumindest der DFB davon ausgeht, dass wirtschaftliche Interessen, die mit der Struktur einer Kapitalgesellschaft einhergehen, für den professionellen Klubfussball eine Gefahr darstellen. Die 50+1-Regel stellt im Lichte der Privatautonomie eine erhebliche Einschränkung der persönlichen Freiheit dar. Deren Zulässigkeit wird zumindest im deutschen Schrifttum angezweifelt, und es stellt sich zwangsläufig die Frage, wie lange sie aufrechterhalten werden kann und ob und wie der DFB in Zukunft die Bundesliga vor – sportfremden – wirtschaftlichen Interessen von Investoren schützen will, siehe dazu PUNTE, S. 46 ff.

<sup>328</sup> Zur Sportkapitalgesellschaft im deutschen Recht KORFF, S. 16 ff.; PUNTE, S. 46 ff.

<sup>329</sup> Im Fussball: § 7 Ziff. 4 Satzung des Österreichischen Fussballbunds (ÖFB), abrufbar unter <<http://www.oefb.at>> Service => Downloads> (Stand 28. Februar 2018). Im Eishockey: § 4 Abs. 2 und § 6 Abs. 3 lit. d Satzung des Österreichischen Eishockeyverbands (ÖEHV), abrufbar unter <[www.eishockey.at](http://www.eishockey.at)> ÖEHV => Satzung> (Stand 28. Februar 2018).

<sup>330</sup> Für die ausgegliederten Geschäftsteile werden die Rechtsformen der AG und diejenige der GmbH gewählt. Siehe dazu REISINGER, S. 148.

<sup>331</sup> Das Lizenzierungshandbuch des Österreichischen Fussballbunds ÖFBL 2015, abrufbar unter <<http://www.bundesliga.at>> ÖFBL => Lizenzierung> (Stand 28. Februar 2018), regelt in Ziff. 4.4.2 die Ausgliederung des Spielbetriebs auf eine Kapitalgesellschaft. Weiter wird vorausgesetzt, dass sowohl der Verein als auch die Kapitalgesellschaft gewisse finanzielle Leistungskriterien erfüllen und eine konsolidierte Konzernrechnung vorlegen und dass der Verein beherrschenden Einfluss auf die Kapitalgesellschaft ausüben kann; darüber hinaus muss die Ausgliederung vom ÖFB genehmigt werden.

<sup>332</sup> REIFFENSTUHL, S. 105.

<sup>333</sup> Siehe zur Sportkapitalgesellschaft im österreichischen Recht FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, S. 36.

<sup>334</sup> ELLIS/LYNAM/SHAPIRO/REES, S. 56 f. Vgl. ferner zu den Sportorganisationsformen in England HAAS/MARTENS, S. 42; HIERL/WEIB, S. 11; KALBERMATTER, S. 27; ZEN-RUFFINEN, La forme juridique des clubs sportifs, S. 61 f.

<sup>335</sup> Den Börsengang beschritt der Grasshopper-Club Zürich im Jahr 1997. Vier Jahr später wurden die Aktien bereits wieder dekotiert. Siehe SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 155. Vgl. auch KAISER, S. 102 f.; SCHERRER Kapitalgesellschaften, S. 15 f.

zwei Ligen ab.<sup>336</sup> Daneben gibt es aber weitere Sportaktiengesellschaften in unteren Ligen<sup>337</sup> (Amateur-sportaktiengesellschaft) und im Nachwuchssport (Nachwuchssportaktiengesellschaft).<sup>338</sup> Gerade in jüngerer Zeit scheint sich die Rechtsform der Aktiengesellschaft auch für nicht professionelle Sportklubs grosser Beliebtheit zu erfreuen.<sup>339</sup> Diese Tendenz lässt darauf schliessen, dass die rechtliche Behandlung von Sportklubs im Rechtskleid der Aktiengesellschaft auch zukünftig nicht an Aktualität einbüßen wird.

In anderen Sportarten sind Aktiengesellschaften selten, aber nicht inexistent. In den Sportarten Volleyball,<sup>340</sup> Handball,<sup>341</sup> Segeln<sup>342</sup> und im Motorsport<sup>343</sup> sind vereinzelt Sportaktiengesellschaften anzutreffen. Schliesslich ist auf die Tenro AG,<sup>344</sup> die Tenro Holding AG und die Tenro Event AG hinzuweisen, bei welchen als Verwaltungsratspräsident Roger Federer eingetragen ist. Auch das zweiterfolgreichste schweizerische Tennistalent Stanislas Wawrinka führt seine eigene Aktiengesellschaft unter der Firma Stan Management SA. Als Vehikel von Einzelsportlern sind diese Beispiele indes nicht mit einem Klub als Träger einer Lizenz bzw. Teilnahmeberechtigung an einer Meisterschaft oder einem Wettbewerb vergleichbar. Insofern handelt es sich bei solchen Aktiengesellschaften nicht um Sportaktiengesellschaften im hier verstandenen Sinne.<sup>345</sup>

105

### ee) Sportklub als Geflecht von Aktiengesellschaft und Verein

Die rechtliche Betrachtung eines Sportklubs ist immer im Lichte der Verknüpfung zwischen der Sportaktiengesellschaft und dem traditionellen Verein vorzunehmen. Die Schweizer Sportaktiengesellschaften dürften regelmässig aus einem Verein – durch Ausgliederung der Profiabteilung – hervorgegangen sein.<sup>346</sup> Der Sportklub bzw. Sportverein, aus dem die Sportaktiengesellschaft entstanden ist,

106

<sup>336</sup> Im Eishockey: National League und Swiss League. Im Fussball: Super League und Challenge League.

<sup>337</sup> Für den Fussball: FOOTBALL CLUB LOCARNO SA; FC Köniz AG Betriebs AG; FC Vevey Sports 1899 SA. Für das Eishockey: EHC Arosa AG.

<sup>338</sup> Für das Eishockey: GCK/ZSC Lions Nachwuchs AG (Umfunktionierung von der National League B-Mannschaft zur Trägerin des Nachwuchses 2010); EHC Basel Nachwuchs AG (gegründet 2009); EVZ Nachwuchs AG (gegründet 2014); SC Langenthal Nachwuchs AG (gegründet 2013); Lakers Nachwuchs AG (gegründet 2017); EHC Biel-Bienne Spirit AG (2008); SCL Young Tigers AG (gegründet 2002); SCB Future AG (gegründet 2002).

<sup>339</sup> Diese Entwicklung ist aus typologischen Gründen problematisch. Siehe dazu hinten N 915 ff. und N 920.

<sup>340</sup> Der Zürcher Volleyballklub Volero ist unter der Firma Volero Zürich AG im Handelsregister eingetragen.

<sup>341</sup> Der Traditionsklub Kadetten Schaffhausen firmiert unter Kadetten Handball AG; Ebenso war die Handballabteilung des Grasshopper-Clubs Zürich als Aktiengesellschaft unter der Firma Grasshopper Handball AG (gelöscht) eingetragen.

<sup>342</sup> Team Alinghi SA.

<sup>343</sup> Sauber Motorsport AG.

<sup>344</sup> Die Tenro AG ist aus der Übernahme der Hippo GmbH im Jahr 2007 hervorgegangen, deren Gesellschafter Robert und Lynette Federer waren, bevor sie ihre Anteile an ihren Sohn Roger abtraten.

<sup>345</sup> Siehe zur näheren Definition des Begriffs «Sportaktiengesellschaft» hinten N 148 f.

<sup>346</sup> Für die Teilnahme in den obersten beiden Spielklassen im Eishockey und für die oberste im Fussball ist Voraussetzung für die Lizenzerteilung, dass der Klub als Aktiengesellschaft organisiert ist. Siehe dazu soeben N 98 f. Vgl. auch HÜGI, § 8 N 111. Zur Ausgliederung im Allgemeinen KALBERMATTER, S. 114 ff.; SCHERRER, Die Aktiengesellschaft im Schweizer Fussball, S. 42 ff.

kann in diesem Zusammenhang als *Stammverein* bezeichnet werden.<sup>347</sup> Bei ihm sind die Sporttreibenden regelmässig weiterhin Vereinsmitglieder und sein Zuständigkeitsbereich erstreckt sich auf die Amateur- und Nachwuchsabteilung.

- 107 Die Sportaktiengesellschaft und der Stammverein stehen demnach nebeneinander und werden von der Öffentlichkeit häufig als Einheit wahrgenommen. Die Art der Zusammenarbeit zwischen diesen beiden selbständigen juristischen Personen ist grundsätzlich vertraglicher Natur. Je nachdem, ob der Stammverein Aktionär der Sportaktiengesellschaft ist, kommt eine aktienrechtliche Beziehung hinzu. Durch eine (Mehrheits-)Beteiligung kann der Stammverein sich die Kontrolle über die Sportaktiengesellschaft sichern.<sup>348</sup> In der Schweiz dürften indessen die Sportaktiengesellschaften in der Regel von Privaten (oftmals von Mäzenen) gehalten und kontrolliert werden.<sup>349</sup>
- 108 Die vertragliche Verbindung zwischen der Sportaktiengesellschaft und dem Stammverein behält durch die einstige Ausgliederung einen entstehungszeitlichen Hintergrund. Sie sind schon deshalb faktisch verbunden. Weitaus bedeutender ist indessen der Regelungsbereich, der durch verbandsrechtliche Erlasse diktiert wird und Stammverein und Sportaktiengesellschaft auch rechtlich dazu zwingt, in bestimmten Bereichen zusammenzuarbeiten. So auferlegt ihnen die SIHF im Sinne einer Lizenzerteilungsvoraussetzung bestimmte Anforderungen betreffend Nachwuchssport. Insbesondere ist jeder Lizenznehmer, also jeder Klub im Leistungssport, verpflichtet, in jeder Alterskategorie eine Nachwuchsmannschaft zu «betreiben».<sup>350</sup> Klubs der SFL müssen über eine Junioren-Spitzenfussballmannschaft und ein genehmigtes Jugendförderprogramm<sup>351</sup> «verfügen».<sup>352 353</sup> In der Verbandspraxis der SIHF und der SFL reicht eine vertragliche Zusammenarbeit offensichtlich aus, um dieses Erfordernis zu erfüllen, auch wenn der jeweilige Wortlaut «betreiben» und «verfügen» eher auf eine in die Sportaktiengesellschaft selbst eingegliederte Nachwuchsabteilung schliessen lassen würde als auf eine vertragliche Zusammenarbeit mit dem Verein. Darüber hinaus bestehen weitere verbandsrechtliche Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen dem Stammverein und der Sportaktiengesellschaft regeln oder zumindest stark

---

<sup>347</sup> Vgl. KALBERMATTER, S. 94. Eine weitere Bezeichnung ist *Mutterverein*, so im Deutschen Fussball, § 16c der Satzung des deutschen Fussballbundes (DFB), abrufbar unter <<https://www.dfb.de>> Verbandsservice => Verbandsrecht => Satzung und Ordnungen> (Stand 28. Februar 2017).

<sup>348</sup> Vgl. KALBERMATTER, S. 88. Vgl. zudem «50+1-Regel», vorne N 103.

<sup>349</sup> Vgl. KALBERMATTER, S. 104 ff., wonach ein Geldgeber in der Tendenz nur dann bereit ist, sich langfristig zu engagieren, wenn ihm ein bedeutendes Mitbestimmungsrecht zukommt und er die Aktiengesellschaft mit einer gewissen Beständigkeit mitprägen kann, ohne dass er sich den Geschicken eines Vereins mit seiner Vielzahl von Mitgliedern aussetzen muss.

<sup>350</sup> Reglement für die Spielberechtigung in der National League (ehemals National League A) und National League B (Swiss League) i.V.m. Anhang 2.7 – Sport, abrufbar unter <<https://www.sihf.ch>> National League => Reglemente> (Stand 28. Februar 2018).

<sup>351</sup> Ziff. 3.1 Lizenzhandbuch der Swiss Football League, abrufbar unter <<http://www.sfl.ch>> Reglemente/Dokumente (Stand 28. Februar 2018).

<sup>352</sup> Art. 15 Abs. 1 Statuten SFL.

<sup>353</sup> Art. 111 ff. Statuten SFV (Ausgabe Juli 2017) <<https://www.football.ch>> org.football.ch => Dokumente => Statuten und Disziplinarwesen>.

beeinflussen.<sup>354 355</sup> Dadurch wird in die Vertragsautonomie der Sportaktiengesellschaft und des Stammvereins eingegriffen.<sup>356</sup> So wird bspw. im Eishockey auf Stufe Junioren Elite A vorgeschrieben, welche Stellen zu schaffen sind (Headcoach, Assistenzcoach, Konditionstrainer und Torhütertrainer), und auch, in welchem Pensum die Anstellung zu erfolgen hat.<sup>357</sup>

Für den Vertrag zwischen Stammverein und Sportaktiengesellschaft sind insbesondere die Entschädigungsfrage beim Übertritt eines Spielers aus dem Nachwuchs im Stammverein in die Profiabteilung der Sportaktiengesellschaft sowie die Verteilung von Ausbildungsentschädigungen<sup>358</sup> und Förderbeiträgen des Dachverbands von grosser praktischer Bedeutung. Weitere Regelungspunkte betreffen die Stellung gegenüber dem Verband, Rechte an Immaterialgütern, gegenseitige Mitbestimmungsrechte<sup>359</sup> und Fronddienste.<sup>360</sup> In Ländern mit interventionistischem Sportmodell regelt der Staat solche Zusammenarbeitsverträge auf gesetzlicher Ebene. Französische Sporthandelsgesellschaften müssen mit ihrem Stammverein eine «*convention*», mithin eine Vereinbarung abschliessen, deren zwingender Inhalt im *Code du sport* normiert ist.<sup>361</sup> Diese Vereinbarung beinhaltet die Zusammenarbeit zwischen Verein und Sporthandelsgesellschaft und regelt namentlich Fragen über die sportlichen Aktivitäten im Amateurbereich, die sportliche Ausbildung der Athleten, die Kompetenz, Mannschaften für nationale Meisterschaften anzumelden, die Bedingungen zur Benutzung von Infrastrukturen und die Verwendung von geschützten Marken.<sup>362</sup> Bemerkenswert ist, dass diese «*convention*» von einer staatlichen Amtsperson genehmigt werden muss, die ihrerseits verpflichtet ist, vorgängig den jeweiligen Landesverband und die jeweilige Nationalliga (sofern diese nicht in einer Person vereint sind) zu konsultieren und deren Meinung einzuholen.<sup>363</sup>

Das Geflecht zwischen Stammverein und Sportaktiengesellschaft wird in der Praxis durch zusätzliche juristische Personen erweitert, indem für gewisse Bereiche eigene Rechtsträger eingesetzt werden, was

<sup>354</sup> In der SFL: Reglement der SFL über die Trainings- und Ausbildungsförderung, welches die Klubs – durch Ausbildungsbeiträge und Klubwechselentschädigungen – «ermuntern» soll, die Ausbildung junger Fussballer zu fördern; Art. 26 Reglement für den Spielbetrieb der SFL über die Subvention von leistungsbezogenen Anstrengungen im Nachwuchs- und Juniorenbereich; Ausbildungslabel Swiss Football League, abrufbar unter <<http://www.sfl.ch> => Reglemente/Dokumente> (Stand 28. Februar 2018). Vgl. dazu auch KAISER, S. 78 f.

<sup>355</sup> In der SIHF vor allem das Talent-Label sowie die dazugehörigen Weisungen. Reglemente abrufbar unter <<https://www.sihf.ch> => National League => Reglemente>.

<sup>356</sup> Siehe dazu ausführlich hinten N 823 ff.

<sup>357</sup> SIHF Reglement über Talent-Labels sowie die dazugehörigen Weisungen.

<sup>358</sup> Siehe zur Ausbildungsentschädigung SIHF-Reglement 1.3, Die Spielerregistrierung, die Registrierungsgebühr und die Ausbildungsentschädigung, abrufbar unter <<https://www.sihf.ch> => National League => Reglemente> (Stand 28. Februar 2018). Aus der Literatur DERUNGS S. 1 ff.

<sup>359</sup> Oftmals werden Organe der Aktiengesellschaft auch beim Stammverein in den Vorstand gewählt, so etwa beim FC Basel und beim EHC Kloten.

<sup>360</sup> KALBERMATTER, S. 114 ff. m.w.H. zum Zusammenarbeitsvertrag zwischen Verein und Aktiengesellschaft.

<sup>361</sup> Code du sport, Articles L122-14 à L122-19 betreffend Relations entre associations et sociétés sportives. Siehe dazu BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, S. 244 ff.; SIMON/CHAUSSARD, S. 172 ff.

<sup>362</sup> Code du sport, R122-8. Siehe dazu BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, S. 244 ff.

<sup>363</sup> Code du sport, R122-11. Siehe dazu BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, S. 250.

im Grunde einer gewöhnlichen Konzernbildung gleichkommt.<sup>364</sup> Zu diesen Bereichen gehören regelmässig Marketing, Gastronomie, Eventmanagement, Immobilien sowie unter Umständen Betriebsgesellschaften für den Nachwuchssport,<sup>365</sup> für den auch Stiftungen unterstützend eingesetzt werden.<sup>366</sup>

### 3. Organisation von SIHF und SFV/SFL

#### a) Struktur SIHF und Stellung der Sportaktiengesellschaften im Verband

- 111 Die SIHF ist als im Handelsregister eingetragener Verein nach Art. 60 ff. ZGB organisiert. Sie besteht aus Klubs, kantonalen Eishockeyverbänden, Ortsverbänden und Eishockeyvereinigungen.<sup>367</sup> Die verschiedenen Interessensphären wie Leistungs-, Amateur- und Nachwuchssport sowie Nationalmannschaft werden unter dem Dach der SIHF zusammengefasst. Eine Unterteilung erfolgt in der vereinsinternen Struktur, indem neben der Generalversammlung mehrere «Unterversammlungen» und zusätzliche Vereinsorgane vorgesehen sind, unter anderem die National-League-Versammlung, die Delegiertenversammlung Regio League, das Frauensport-Committee und das Leistungssport-Committee.<sup>368</sup> Solche Institutionen werden personell regelmässig nicht nur von Verbandspersonen, sondern auch von Klubvertretern besetzt. Im Leistungssportbereich sind es dagegen häufig Vertreter der Sportaktiengesellschaften, die in den Gremien Einsitz nehmen.
- 112 Die Klubs der obersten zwei Spielklassen bilden die National-League-Versammlung, wobei in Abweichung von dem vereinsrechtlichen Kopfstimmprinzip<sup>369</sup> die Klubs der National League A über je drei Stimmen und diejenigen der Swiss League (vor der Saison 2017/2018 National League B genannt) über je zwei Stimmen verfügen.<sup>370</sup> Da die Spielberechtigung zur Teilnahme an der jeweiligen Meisterschaft nur an Aktiengesellschaften erteilt werden<sup>371</sup> kann, besteht die National-League-Versammlung ausschliesslich aus Organen bzw. anderen Vertretern von Aktiengesellschaften. Der Aufgabenbereich

---

<sup>364</sup> Vgl. PETER, La forme juridique des clubs suisses, S. 30 ff. zu verschiedenen Konzernierungsmodellen. Siehe zum Sportklubkonzern hinten N 889 ff.

<sup>365</sup> Beispiel für eine ausgeprägte Konzernierung ist der EVZ mit den Gesellschaften EVZ Sport AG, EVZ Holding AG, EVZ Management AG, EVZ Gastro AG, EVZ Nachwuchs AG; The Hockey Academy AG und der Unterstützung der *Stiftung Eishockey Nachwuchs Förderung Innerschweiz*. Siehe dazu hinten N 891 mit weiteren Beispielen.

<sup>366</sup> Bspw. HC Davos Hockey Academy; Fondation Genève Servette; Fondation du club de hockey Genève-Servette pour l'enfance et l'humanitaire; Stiftung Nachwuchs-Campus Basel.

<sup>367</sup> Art. 12 Ziff. 1 Statuten SIHF vom 4. August 2017 abrufbar unter <<https://www.sihf.ch>> Organisation => Statuten>.

<sup>368</sup> Art. 17 Statuten SIHF, weitere Organe sind der Verwaltungsrat (wobei es sich um eine irreführende Bezeichnung für den Vereinsvorstand i.S.v. Art. 69 ZGB handelt), die Geschäftsführung, die Regionalversammlungen, die Talent-Label-Versammlung, das Leistungssport-Committee, das Nachwuchs- und Amateursport-Committee, das Technik-Committee, das Referee-Committee und die Revisionsstelle.

<sup>369</sup> Siehe zum Kopfstimmprinzip BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 67 N 7 ff.

<sup>370</sup> Art. 38 Ziff. 1 i.V. m. Art. 40 Ziff. 2 Statuten SIHF.

<sup>371</sup> Art. 5 des Reglements für die Spielberechtigung in der National League (ehemals National League A) und der Swiss League (ehemals National League B) des schweizerischen Eishockeyverbandes SIHF, abrufbar unter <<https://www.sihf.ch>> National League => Reglemente> (Stand 28. Februar 2018).



dieser Versammlung erstreckt sich grundsätzlich auf alle Belange, die mit dem Leistungssport zusammenhängen.<sup>372</sup> Ihre Aufgabe besteht darin, die Interessen des «Elite Sports» in der SIHF zu wahren.<sup>373</sup>

## b) Struktur SFV und SFL und Stellung der Sportaktiengesellschaften

Dachverband des Schweizer Fussballs ist der SFV. Ordentliche Mitglieder des SFV sind die Klubs.<sup>374</sup> Anders als in der SIHF besteht eine erste Unterordnung in sog. «Abteilungen», die Swiss Football League (SFL), die Erste Liga und die Amateur Liga. Diese drei Abteilungen sind ihrerseits als eigenständige Vereine nach Art. 60 ff. ZGB organisiert.<sup>375</sup> Die SFL ist die Abteilung, welche den Professional-Sport regelt; ihre Mitglieder sind die zehn Klubs der Super League und die zehn Klubs der Challenge League.<sup>376</sup> Um die Lizenz für die Super League zu erhalten, ist auch im Fussball die Rechtsform der Aktiengesellschaft erforderlich.<sup>377</sup> Den Challenge-League-Klubs steht es demgegenüber offen, sich als Aktiengesellschaften oder als Vereine zu organisieren.<sup>378</sup> Alle anderen Klubs, die nicht der SFL angehören, müssen als Vereine nach Art. 60 ff. ZGB organisiert sein.<sup>379</sup> Der Zweck der SFL – die anders als die SIHF nur aus den Klubs des Berufssports besteht – ist neben der Organisation des Spielbetriebs die Förderung des Fussballsports in der Schweiz (insbesondere des Nicht-Amateurfussballs und des Junioren-Spitzenfussballs) und die Wahrung der gemeinsamen Interessen der Mitglieder.<sup>380</sup> Klubs der Super League und der Challenge League verfügen je über eine Stimme in der Generalversammlung.<sup>381</sup> Sie können Anträge stellen und sind im Rahmen der Generalversammlung für Annahme, Änderungen und Aufhebung des vereinsinternen Regelwerks zuständig.<sup>382 383</sup> Auch die SFL und der SFV sehen – ähnlich wie die SIHF – spezielle Organe und Gremien vor, die regelmässig auch mit Klubvertretern besetzt sind. So verfügt der SFV über einen Verbandsrat und weitere Kommissionen.<sup>384</sup> Ebenso sehen die Statuten der SFL ein Komitee mit Organstellung und weitere «Behörden mit beratender Funktion» vor.<sup>385</sup>

113

<sup>372</sup> Vgl. Art. 39 Ziff. 5 Statuten SIHF; daneben ist sie für die Nomination der strategischen und operativen Leitung sowie der verbandsinternen Rechtspflegeorgane zuständig, Art. 39 Ziff. 1 bis 4 Statuten SIHF.

<sup>373</sup> Zum Ganzen HÄUPTLI, S. 166 f.; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 333.

<sup>374</sup> Art. 8 Ziff. 1 Statuten SFV.

<sup>375</sup> Art. 17 Statuten SFV.

<sup>376</sup> Art. 9 Statuten SFL.

<sup>377</sup> Art. 12 Ziff. 1 Statuten SFV.

<sup>378</sup> Art. 12 Ziff. 2 Statuten SFV.

<sup>379</sup> Art. 8 Ziff. 4 Statuten SFL, es sei denn, ein als Aktiengesellschaft organisierter Klub steigt in eine untere Liga ab (Art. 8 Ziff. 6 Statuten SFL). Beim FC Vaduz-Lie AG handelt es sich um eine liechtensteinische Gesellschaft, welche dem PGR (Liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926) untersteht.

<sup>380</sup> Art. 3 Statuten SFL.

<sup>381</sup> Art. 26 Abs. 4 Statuten SFL.

<sup>382</sup> Art. 29 lit. h und Art. 31 Statuten SFL.

<sup>383</sup> Zum Ganzen SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 333.

<sup>384</sup> Vgl. Art. 20 f. Statuten SFV. Ständige Kommissionen sind die Schiedsrichterkommission, die Sportplatzkommission, die Übertrittskommission und die medizinische Kommission.

<sup>385</sup> Vgl. Art. 20 f. Statuten SFL. Behörden mit beratender Funktion sind die Präsidentenkonferenz, die Schlichtungskommission, die Ausbildungskommission und die Lizenzadministration.

### III. Wirtschaftlichkeit der Schweizer Sportaktiengesellschaften

#### Vorbemerkung

- 114 Die vorliegende Arbeit geht von der Annahme aus, dass bei Sportaktiengesellschaften nicht dieselben wirtschaftlichen Ziele wie bei gewöhnlichen Aktiengesellschaften vorherrschen. In diesem Abschnitt geht es demnach zunächst darum, diese Annahme zu verifizieren, indem eine rechtstatsächliche Betrachtung der Wirtschaftlichkeit im Schweizer Fussball und Eishockey vorgenommen wird (1.). Sodann werden die ökonomischen Ursachen für das schlechte wirtschaftliche Umfeld skizziert (2.). Schliesslich wird der wirtschaftliche Misserfolg, das heisst die Unfähigkeit zur Profitabilität, dem Phänomen des Mäzenatentums gegenübergestellt, bei dem Profitabilität schon gar nicht angestrebt wird. Mit anderen Worten geht es in diesem Abschnitt um Fragen des Profit-Erwirtschaften-*Wollens* und nicht des *Könnens* (3.).

#### 1. Wirtschaftlicher Misserfolg im Schweizer Fussball und Eishockey

- 115 Die konkreten Geschäftszahlen der Sportaktiengesellschaften werden in der Regel nicht veröffentlicht, weshalb eine genaue Analyse weder möglich ist noch der Zielsetzung der vorliegenden Arbeit entspricht. Die Umsätze in den Professional-Sportligen der Schweizer National League und Swiss League sowie der Super League und Challenge League steigen indessen seit Jahren kontinuierlich.<sup>386</sup> In der Privatwirtschaft führt für gewöhnlich die Steigerung des Umsatzes auch zur Steigerung des Gewinnes.<sup>387</sup> Im Sport scheint genau das Gegenteil der Fall zu sein. Die Klubs haben immer grössere Mühe, ein ausgeglichenes Geschäftsergebnis zu erwirtschaften; ohne Gönnerbeiträge wäre kaum ein Klub dazu in der Lage.<sup>388 389</sup> Nach Kenntnisstand des Autors kam es in der Geschichte der Schweizer Sportaktiengesellschaften bisher noch nie zu einer Dividendenausschüttung. Aussergewöhnlich ist, dass es sich bei dieser wirtschaftlichen Lage der meisten Klubs um einen Dauerzustand handelt, bei dem konsequent defizitäre Geschäftsmodelle verfolgt werden.<sup>390</sup> In der Wirtschaftsliteratur werden hierfür Begriffe wie

---

<sup>386</sup> Vgl. DIETL, S. 11; DIETL/FRANCK/ROY, S. 529; aus der Medienberichterstattung etwa NZZ vom 23. Februar 2011, 48, «Was man hat, das hat man»; NZZ vom 11. Dezember 2011, 49, «Nachschuss – Das Wachstum, befeuert mit billigem Geld,...».

<sup>387</sup> DIETL, S. 11.

<sup>388</sup> Betreffend Eishockey HÄUPTLI, S. 167. Aus der Medienberichterstattung etwa NZZ vom 29. Februar 2016, 39, «Der Preis des Erfolgs», wonach im Eishockey einzig der SC Bern in der Lage sei, operativen Gewinn zu erwirtschaften; NZZ vom 20. März 2016, 48, «Duell der Giganten», wonach es wiederum einzig der SC Bern schaffe, ohne einen Mäzen auszukommen.

<sup>389</sup> Aus der Medienberichterstattung im Fussball etwa NZZ vom 18. Mai 2015, 29, «Wir können fast nur noch verlieren», wonach der ehemalige Sportchef des FC Basel, Georg Heitz, ausführt, der FC Basel sei das einzige Schweizer Spitzenteam im Fussball, hinter dem kein Mäzen stehe. Ferner NZZ vom 11. Dezember 2011, 59, «Mannschaftssport ist in der Schweiz ein Verlustgeschäft.»

<sup>390</sup> Vgl. FRANCK, Governance Structures, S. 109, wonach sich Fussballklubs im Vergleich zu anderen Branchen in einem konstant schlechten wirtschaftlichen Umfeld bewegen. Siehe auch HÄUPTLI, S. 166. Dazu aus der Medienberichterstattung etwa NZZ vom 6. Juni 2012, 23, «Die Flugjahre sind vorbei», mit dem Hinweis (unter dem Untertitel «Geschichte der Misswirtschaft»), dass bis auf den HC Lugano, hinter dem der milliardenschwere Mäzen Geo Mantegazza stehe, jeder National-League-Klub bereits mindestens einen

*pathologischer Ausgabenüberhang*<sup>391</sup> oder *chronische Finanzprobleme*<sup>392</sup> verwendet oder allgemein von Marktversagen gesprochen.<sup>393</sup>

Wieso gelingt es den Sportaktiengesellschaften nicht, profitabel zu wirtschaften? Im Kontext der vorliegenden Arbeit sollte man sich für die Beantwortung dieser Frage zunächst eine grundlegende Unterscheidung vor Augen führen: Zum einen kann der wirtschaftliche Misserfolg der Sportklubs auf externen Gegebenheiten beruhen, das heisst auf Rahmenbedingungen, die sich von aussen her ergeben oder diktiert werden. Dies kann dazu führen, dass die Sportaktiengesellschaften keinen Profit erwirtschaften *können*. Zum anderen kann der wirtschaftliche Misserfolg intern begründet sein, indem Faktoren aus der Gesellschaft, also von innen her, dazu führen, dass sie keinen Profit erwirtschaften *wollen*.<sup>394</sup> Freilich kann beides nebeneinander bestehen, was der Realität vieler Schweizer Sportklubs entsprechen dürfte.

Die Aussage, «mit Teamsport lässt sich nun mal kein Geld verdienen»,<sup>395</sup> bezieht sich sowohl auf das Profit-Erwirtschaften-*Können* als auch auf das Profit-Erwirtschaften-*Wollen*. Aus aktienrechtlicher Sicht ist Letzteres von Interesse, die Tatsache nämlich, dass Sportaktiengesellschaften keine ökonomische Besserstellung ihrer Aktionäre anstreben, sondern sportliche Ziele in den Vordergrund stellen. Ersteres ist in erster Linie eine Frage der Wirtschaftswissenschaften und von den aktienrechtlichen Problemstellungen klar abzugrenzen. Für diese Abgrenzung ist eine kurze Betrachtung des wirtschaftlichen Umfelds von Sportklubs unerlässlich.

## 2. Profit nicht erwirtschaften *können* – Ökonomische Ursachen für den Misserfolg

### a) Rangwettbewerb

Der sportliche Wettkampf zwischen zwei Mannschaften endet mit einem Sieger und einem Verlierer. Allenfalls ist ein Unentschieden möglich.<sup>396</sup> In jedem Fall gibt am Ende einer Meisterschaft eine Klassierung über den Leistungsvergleich der abgelaufenen Spielperiode Aufschluss. Die Klubs befinden sich in einem sportlichen Wettbewerb um den Gewinn der Meisterschaft oder um eine möglichst hohe Klassierung. In der Schlussrangliste kann dabei jede Position nur durch einen einzigen Klub besetzt

---

gerichtlichen oder aussergerichtlichen Nachlass durchgeführt habe; NZZ vom 6. Januar 2013, 47, «Nachschuss – Der NHL-Lockout erscheint aus hiesiger Sicht...», wonach das Defizit der National-League-Klubs gesamthaft auf jährlich CHF 40 Mio. geschätzt wird.

<sup>391</sup> DIETL/Franck/Roy, S. 529.

<sup>392</sup> DIETL, S. 11.

<sup>393</sup> Horch/Schubert/Walzel, S. 91; dabei ist der Zustand gemeint, der vorliegt, wenn es einem sich selbst überlassenen Markt nicht gelingt, die Ressourcen effizient zu allozieren. Vgl. dazu Watter/Spillmann, S. 97 f. Von «kollektivem Versagen des Systems der National League» spricht Häuptli, S. 168.

<sup>394</sup> Dieser Wille kann von der Generalversammlung oder von den mit der Geschäftsführung befassen Organen ausgehen.

<sup>395</sup> NZZ vom 11. Dezember 2011, 59, «Mannschaftssport ist in der Schweiz ein Verlustgeschäft», anlässlich eines Interviews mit dem damaligen Liga-Direktor der Schweizerischen Fussballmeisterschaft, Edmond Isoz.

<sup>396</sup> Im Schweizer Eishockey gibt es keine Unentschieden mehr, ein Qualifikationsspiel wird bei Unentschieden, nach einer kurzen Verlängerung, durch Penaltyschiessen entschieden.

werden.<sup>397</sup> Der Gewinn eines Ranges bedingt zwangsläufig den Verlust desselben durch einen Konkurrenten, mit anderen Worten, es besteht eine «Knappheit der Ränge». Es wird von *Rangwettbewerb* oder *Positionswettbewerb* gesprochen. Wenn dagegen im wirtschaftlichen Wettbewerb alle Konkurrenten in etwa gleich erfolgreich arbeiten, ist anzunehmen, dass sie auch in etwa denselben wirtschaftlichen Erfolg realisieren. Im Rangwettbewerb ist das ausgeschlossen.<sup>398</sup>

- 119 Dieser Rangwettbewerb führt zu einem sog. *Rattenrennen*. Die Metapher des Rattenrennens stammt vom Ökonomen AKERLOF. Der Extremfall des Modells wird dabei folgendermassen definiert: «*In the rat race the chances of getting the cheese increase with the speed of the rat, although no additional cheese is produced.*»<sup>399</sup> Das Käsestück ist demnach nur dem Sieger vorbehalten. Selbst dieser hat aber ab einem bestimmten Punkt mehr Kalorien verbraucht, als ihm das Stück Käse liefert,<sup>400</sup> denn dieses wächst mit zunehmender Renngeschwindigkeit der obsiegenden Ratte eben nicht.<sup>401</sup> Wenn ein Klub durch seine Position bzw. seinen Rang im Wettbewerb seinen Anteil an den Ligaeinnahmen erhöhen kann, entsteht ein solches Rattenrennen.<sup>402</sup> Er unterliegt der Illusion, dass er durch höhere Investitionen mehr Einnahmen erzielen kann.<sup>403</sup> Diese Fehlvorstellung kann zu einer *Hyperaktivität* bzw. einer *Überinvestition* führen,<sup>404</sup> indem durch Investition das Überholen eines Konkurrenten, über einen wirtschaftlich sinnvollen Rahmen hinaus, angestrebt wird. Der Begriff *Hyperaktivität* beschreibt dasselbe Phänomen, also den ineffizient hohen Einsatz von Ressourcen im Rennen um die Meisterschaft im Teamsport.<sup>405</sup>

---

<sup>397</sup> Der Teamsportmarkt kann als Monopol aufgefasst werden, in dem nach dem Ein-Platz-Prinzip eine Sportart jeweils nur durch einen Verband vertreten wird. Das bedeutet für den einzelnen Sportklub, dass er in einen nationalen Dachverband eingebunden ist und grundsätzlich nicht über die Option verfügt, in eine «andere Liga» zu wechseln. Es gibt allerdings Ausnahmen. So spielt der liechtensteinische Club FC Vaduz in der Super League. Denkbar wäre auch, dass ein schweizerischer Eishockeyklub der russischen Intercontinental Hockey League beitrifft.

<sup>398</sup> Zum Ganzen DIETL, S. 12; FRANCK/MÜLLER, S. 5 f.; HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 86, 94; HÜGI, § 10 N 8.

<sup>399</sup> AKERLOF, S. 599 ff.

<sup>400</sup> Vgl. HÜGI, § 10 N 8, «the winner takes it all».

<sup>401</sup> FRANCK, «Zombierennen» und «Patenonkel», S. 3.

<sup>402</sup> Um das Konzept des Rattenrennens in Bezug auf den Sport besser zu verstehen, ist auf das aus der mathematischen Spieltheorie bekannte *Gefangenendilemma* hinzuweisen. Siehe dazu DIETL/Franck/ROY, S. 531. Das Gefangenendilemma beschreibt die Situation zweier Gefangener, die beschuldigt werden, gemeinsam eine Straftat begangen zu haben. Sie werden gemeinsam verhört und können nicht miteinander kommunizieren. Leugnen beide die Tat, kann ihnen nur ein geringfügiger Straftatbestand nachgewiesen werden und beide erhalten eine niedrige Strafe. Wenn beide gestehen, werden sie nach dem strengen Straftatbestand verurteilt, erhalten aber aufgrund des Geständnisses eine Strafmilderung und somit nicht die Höchststrafe. Gesteht schliesslich nur einer der beiden, gilt er als Kronzeuge und bleibt straflos. Die Erkenntnis aus diesem Dilemma besteht nun darin, dass jeder Gefangene eine Entscheidung treffen muss, ohne dass ihm die Entscheidung des Anderen bekannt wäre. Die Konsequenz der getroffenen Entscheidung hängt aber nicht vom Entscheidungsträger alleine ab, sondern von dem, was die Entscheidungsträger gemeinsam ausgesagt haben. Übertragen auf die Situation in einer Sportliga lässt sich Folgendes ableiten: Ein Sportklub kann durch Investition in seine Mannschaft die Chance auf sportlichen Erfolg erhöhen. Ob dieser sportliche Erfolg realisiert werden kann, hängt aber nicht alleine von der eigenen Investition ab, sondern ebenso davon, in welchem Umfang die anderen Klubs investiert haben. Siehe zum Gefangendilemma GABLER WIRTSCHAFTSLEXIKON, S. 1235.

<sup>403</sup> DIETL/Franck/ROY, S. 537.

<sup>404</sup> Vgl. DIETL/Franck, Effizienzprobleme, S. 1159 ff.; DIETL/Franck/ROY, S. 532; DREWES, S. 115 f.

<sup>405</sup> SCHÄFER, S. 36; zum Ganzen FRANCK/MÜLLER, S. 3 ff.

Die *Hyperaktivität* führt dazu, dass die Rennteilnehmer immer weiter nachlegen und so die Investitionsspirale in Gang halten.<sup>406</sup> Wenn sich alle so verhalten, trifft das Ergebnis ein, dass sich, obschon jeder Teilnehmer durch Investitionen seinen Rang zu verbessern versucht, am Ende tatsächlich niemand verbessert hat und letztlich bloss Ressourcen verschwendet werden.<sup>407</sup> Dies wurde auch schon als *ruinöser Rüstungswettlauf* oder *ruinöser Wettbewerb* bezeichnet.<sup>408</sup>

120

## b) Assoziative Konkurrenz/Kooperenz

Für gewöhnlich versuchen Unternehmen in der freien Wirtschaft, ihre Position gegenüber ihren Konkurrenten zu stärken und so ihre Marktanteile zu erhöhen. Gewinnmaximierende Unternehmen haben insofern ein Interesse daran, ihre Konkurrenten zu schwächen, ja sie sogar aus dem Markt zu drängen. Im Teamsport liegt die Besonderheit darin, dass es für die Austragung eines Spieles zwei Mannschaften braucht und für die Austragung einer Meisterschaft einige mehr. Diese Situation wird als *assoziative Konkurrenz* bzw. *Kooperenz* bezeichnet. Damit das Produkt interessant bleibt, braucht es zudem einen spannenden Wettkampf, der nur in einer ausgeglichenen Liga realisiert werden kann. Nichtsdestotrotz ist sportlicher Erfolg im Grundsatz auch für den wirtschaftlichen Erfolg notwendig.<sup>409</sup> Umgekehrt wirkt sich sportlicher Misserfolg regelmässig negativ auf den wirtschaftlichen Erfolg aus. Das Dilemma besteht nun darin, dass der Gegner sportlich übertrumpft werden muss, ohne dass dieser im wirtschaftlichen Wettbewerb zu sehr geschwächt oder gar aus dem Markt gedrängt wird. Es besteht insofern ein Interesse an starker, aber nicht *zu* starker Konkurrenz sowie daran, dass die Konkurrenten wirtschaftlich stabil bleiben.<sup>410</sup>

121

## c) Ursachen in Bezug auf die Prognostizierbarkeit des sportlichen Resultats

Kern des Tätigkeitsfeldes einer Sportaktiengesellschaft ist das Bestreiten eines sportlichen Wettkampfes, dessen Wesensmerkmal die Unsicherheit über den Ausgang ist.<sup>411</sup> Ein Fussballspiel, dessen Sieger schon zum Voraus bekannt wäre, hätte für den Zuschauer keinen Reiz mehr. Dort, wo der Ausgang einer sportlichen Austragung schon vorbestimmt ist, gibt es keinen sportlichen Wettkampf mehr und es bliebe nur noch die Qualifikation als Darbietung der Unterhaltungsbranche, wie es zum Beispiel beim amerikanischen Wrestling der Fall ist.<sup>412</sup> Im Vergleich zur gewöhnlichen Marktwirtschaft ist diese Besonderheit beachtenswert. Während der Konsument für gewöhnlich Sicherheit über die Eigenschaften eines erworbenen Produkts wünscht, macht in der Sportbranche gerade die Unsicherheit über den Ausgang den Reiz der Darbietung aus.<sup>413</sup>

122

<sup>406</sup> FRANCK/MÜLLER, S. 19, der diese Situation als Rutschbahnproblem beschreibt.

<sup>407</sup> DIETL, S. 12; DIETL/FRANCK/ROY, S. 530.

<sup>408</sup> DIETL/FRANCK/ROY, S. 530. Vgl. auch SCHÄFER, S. 36, der von einer «Rüstungseskalation» spricht.

<sup>409</sup> Siehe dazu hinten N 161.

<sup>410</sup> Zum Ganzen HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 82 f.; KAISER, S. 69 f. m.w.H.; KORTHALS, S. 19 f.

<sup>411</sup> HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 70 f., 83; HÜGI, § 10 N 4.

<sup>412</sup> Vgl. dazu HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 70, 143.

<sup>413</sup> HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 70.

- 123 Die Konsequenz daraus ist, dass sportlicher Erfolg nur schwer prognostizierbar ist.<sup>414</sup> Insbesondere besteht die Gefahr, die sportlichen Erfolgsaussichten zu überschätzen. Daneben ergeben sich weitere Risikoprobleme, die mit dem Modus des jeweiligen Wettbewerbs zusammenhängen. Mit dem Erreichen bestimmter Ränge sind besondere «Gewinnchancen»,<sup>415</sup> aber auch besondere «Verlustchancen» verbunden.<sup>416</sup> Sowohl die Aussicht auf einen «Jackpot» als auch die Angst vor einem besonderen Verlust schaffen Anreize zu übermässigen Investitionen.<sup>417</sup>

#### **d) Patenonkel**

- 124 Hinzu kommt, dass in Sportligen wirtschaftliche Mechanismen häufig durch Geldspritzen eines Mäzens oder, gemäss einer anderen gebräuchlichen Bezeichnung, «Patenonkels» beeinflusst werden.<sup>418</sup> Solche Zuschüsse erfolgen nicht bloss einmalig, sondern regelmässig über viele Geschäftsjahre und führen beim betreffenden Klub zu einem Umsatz, der aus betriebseigenen Mitteln nicht gestemmt werden könnte.<sup>419</sup> Die Klubs werden jeweils in unterschiedlichem Umfang von ihren Patenonkeln unterstützt, was dazu führt, dass im Hinblick auf den wirtschaftlichen Wettbewerb keine gleich langen Spiesse zur Verfügung stehen. Dieser Umstand ist insbesondere dann ausgeprägt, wenn die Erwartung herrscht, dass das Defizit in der Jahresrechnung ohnehin vom Mäzen gedeckt wird,<sup>420</sup> auch wenn es höher ausfällt als budgetiert.<sup>421</sup> Neben der gesellschaftsinternen Einflussnahme eines sportlich ambitionierten Mäzens wirken sich die Geldspritzen auf die gesamte jeweilige Liga aus. Werden mehrere oder sogar die Mehrheit der Klubs von Patenonkeln unterstützt, kommt es zu einer Veränderung der Marktmechanismen.

---

<sup>414</sup> Vgl. dazu KORTHALS, S. 16.

<sup>415</sup> Die Aussicht auf einen Jackpot kann bei nationalen oder internationalen Wettbewerben wie dem nationalen Cup oder der internationalen Champions League gegeben sein. Es kann sich dabei auch um den Aufstieg in eine höhere Liga handeln. In den Eishockey-Playoffs stellt die Aussicht auf das Erreichen der nächsten Runde mit den damit zusätzlich auszutragenden Spielen und den generierbaren Einnahmen den Jackpot dar.

<sup>416</sup> Bspw. die Relegation in die tiefere Liga.

<sup>417</sup> FRANCK, «Zombierennen» und «Patenonkel», S. 3. Ferner DIETL/FANCK, Effizienzprobleme, S. 1059 ff.; FRANCK/MÜLLER, S. 18; FRANCK, Teamsportindustrie, S. 144 f.; HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 94, 101.

<sup>418</sup> Siehe zum Begriff Mäzen sogleich N 129 ff.

<sup>419</sup> HÄUPTLI, S. 168.

<sup>420</sup> Insofern entsteht ein «Zombierennen». Ein «Zombierennen» ist ein Rattenrennen, bei welchem das Element dazukommt, dass trotz schlechtem Geschäftsgang die Angst vor dem Konkurs nicht dieselbe Wirkung erzielt wie bei einer normalen Unternehmung. Die Logik des Rattenrennens bedingt, dass die Teilnehmer aus dem Wettbewerb ausscheiden, wenn sie sich finanziell übernehmen. Obschon auch Sportaktiengesellschaften nicht «unsterblich» sind, scheinen sie doch häufig einen Weg zu finden, nicht aus dem Rennen auszusteigen. Die Gefahr für die Entscheidungsträger besteht darin, dass sie im Vertrauen darauf, dass der Klub in der finanziellen Krise durch den Mäzen gerettet würde, Risiken eingehen, die im Grunde nicht vertretbar wären und ohne den Mäzen auch nicht eingegangen würden. Dazu FRANCK, «Zombierennen» und «Patenonkel», S. 4; FRANCK, Financial Fair Play, S. 196.

<sup>421</sup> Überbieten sich zwei Klubs mit Offerten an einen Topspieler, besteht vor diesem Hintergrund die Gefahr, dass der Aussteiger erst bei einem Niveau aufgibt, das aus ökonomischen Gründen bereits zu hoch gewesen wäre. Das bedeutet im Gegenzug, dass der obsiegende Bieter ebenso mehr bieten musste, als wirtschaftlich gerechtfertigt gewesen wäre.

### e) Weitere Besonderheiten

Darüber hinaus gibt es weitere Besonderheiten, die für das Sportunternehmen von Bedeutung sind. Hinzuweisen ist auf die problembehaftete Wertgrenzproduktbestimmung, auf die beschränkte Faktorensubstitution und auf die emotionale Bindung der Zuschauer als Konsumenten. Bei der Bestimmung des Wertgrenzproduktes geht es um die Frage, ob die Investition in einen bestimmten Faktor zusätzlichen Gewinn bringt.<sup>422</sup> Übertragen auf den Teamsport stellt sich bspw. die Frage, ob die Verpflichtung des letzten unter Vertrag genommenen Spielers einen Beitrag zum Unternehmensergebnis leisten kann, der grösser oder zumindest gleich gross wie sein Gehalt ist.<sup>423</sup> Das Zusammenwirken von einzelnen Spielern und Trainer in der Gruppe, aber auch die Leistungen der Gegner und viele weitere Umstände machen es im Teamsportgeschäft nahezu unmöglich, die einzelnen Wertschöpfungsbeiträge zu eruieren.<sup>424</sup>

125

Die Produktionskosten eines Teamsportunternehmens bestehen zudem hauptsächlich aus Personalkosten. Jede Mannschaft braucht zwingend eine gewisse Anzahl von Spielern, um eine Meisterschaft bestreiten zu können. Das bedeutet, dass beim Faktor Personal<sup>425</sup> eine Reduktion nur beschränkt möglich ist. Die Senkung der Gesamtlohnkosten ist zwar realisierbar, nicht aber das Streichen von Stellen. Hinzu kommt, dass verbandsrechtliche Vorgaben eingehalten werden müssen, bspw. betreffend Infrastruktur oder Nachwuchsarbeit, auf welche auch aus guten ökonomischen Gründen nicht verzichtet werden kann, weil ansonsten die Lizenz zur Teilnahme an der Meisterschaft verweigert würde.<sup>426</sup> Die beschränkte Möglichkeit, Faktoren zu substituieren, stellt somit eine wesentliche Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten der Führungsorgane von Sportaktiengesellschaften dar.

126

Im Sport besteht schliesslich eine grosse emotionale Bindung der Fans, mithin der Konsumenten, an ihren Klub. Gewöhnliche Marktmechanismen greifen nicht, denn der Fan wechselt nicht leichthin seinen favorisierten Klub. Das macht es aber auch äusserst schwierig, «andere Konsumenten», also Fans anderer Klubs für sich zu gewinnen.<sup>427</sup> Treffend formulieren DIETL/FRANCK in diesem Zusammenhang: «Es würde an eine emotionale Selbstzerstörung grenzen, sich vom ausgeprägten Schalke-Fan zum Bayern-Fan zu transformieren.»<sup>428</sup>

127

### f) Bedeutung des ökonomischen Umfelds für den Verwaltungsrat

Unabhängig von der beschriebenen Problematik bei Sportaktiengesellschaften ist das wirtschaftliche Umfeld eines Unternehmens für jeden Verwaltungsrat von Bedeutung. Es gehört zu seiner

128

<sup>422</sup> GABLER WIRTSCHAFTSLEXIKON, S. 1385 zum Stichwort *Grenzproduktivitätstheorie*.

<sup>423</sup> HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 85.

<sup>424</sup> DIETL, S. 10; HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 87.

<sup>425</sup> Die Anzahl guter Spieler ist begrenzt, was zu einer Knappheit führt und den Druck auf die Klubs zu zusätzlichen Investitionen erhöht. Vgl. HAUPTLI, S. 167; KORTHALS, S. 17, der darauf hinweist, dass es sich bei Sportklubs um «*people business companies*» handelt.

<sup>426</sup> Siehe dazu hinten N 849.

<sup>427</sup> Vgl. auch KORTHALS, S. 19.

<sup>428</sup> DIETL/FRANCK, Millisekunden und Milliarden, S. 50 f. Im selben Sinne PACHMANN, S. 66 f.

Sorgfaltspflicht, das wirtschaftliche Umfeld und die Branchen-Situation zu kennen.<sup>429</sup> Auch sind die typischen Eigenheiten der Sportaktiengesellschaft, die danach trachtet, ihre finanziellen Möglichkeiten auszureizen, zu erkennen und zu berücksichtigen.<sup>430</sup> Der Verwaltungsrat der Sportaktiengesellschaft muss sich, wie jeder andere Verwaltungsrat auch, mit den Besonderheiten des wirtschaftlichen Umfelds auseinandersetzen und seine Strategie so ausrichten, dass das Unternehmen langfristig wirtschaftlich gedeiht, um letztlich vermögensrechtliche Vorteile für die Aktionäre zu realisieren. Lässt das wirtschaftliche Umfeld die Aussicht darauf nicht zu, muss er einen Rückzug und somit die Auflösung bzw. Liquidation der Gesellschaft erwägen oder sich allenfalls bemühen, das wirtschaftliche Umfeld selbst zu ändern.<sup>431</sup>

### 3. Profit nicht erwirtschaften *wollen* – Mäzenatentum

- 129 Neben den ökonomischen Besonderheiten, mit denen sich Sportaktiengesellschaften konfrontiert sehen, gibt es auch tatsächliche Gründe, die einen signifikanten Einfluss darauf haben dürften, dass in Sportaktiengesellschaften kein Gewinn erwirtschaftet wird. Gemeint ist das *Mäzenatentum*. Als Mäzen wird eine Person bezeichnet, die eine andere Institution oder Person mit Geld oder geldwerten Mitteln bei der Verfolgung eines bestimmten Vorhabens unterstützt und dafür keine Gegenleistung erhält.<sup>432</sup> Die Motivation dahinter ist altruistischer und idealistischer Natur.<sup>433</sup> Im Schweizer Mannschaftssport kommt dem Phänomen des Mäzens grosse Bedeutung zu. Gerade der Schweizer Fussball wird in signifikantem Ausmass von Gönnern bzw. Mäzenen getragen. Abgesehen vom FC Basel, dem es als einziger Fussballorganisation gelungen ist, in den letzten Jahren ein nachhaltig profitables Geschäftsmodell aufzubauen, scheinen alle andern Klubs ohne Hilfe von aussen nicht auszukommen.<sup>434</sup> Auch das Schweizer Eishockey ist von Mäzenen geprägt.<sup>435</sup>
- 130 Im Mannschaftssport ist es häufig so, dass der Mäzen seine finanzielle Unterstützung dem Sportklub nicht nur als aussenstehende Person gewährt, sondern selbst Allein- oder Mehrheitsaktionär der

---

<sup>429</sup> Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 412.

<sup>430</sup> Vgl. HÄUPTLI, S. 167.

<sup>431</sup> Vgl. NZZ vom 29. Februar 2016; 39, «Der Preis des Erfolgs», wonach die National-League-Klubs verschiedene Massnahmen zur Verbesserung des wirtschaftlichen Umfelds diskutieren (wie bspw. einen Salary Cap), wobei die Zulässigkeit derartiger Abmachungen insbesondere aus kartellrechtlicher Sicht fraglich erscheint.

<sup>432</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 224, mit Hinweis auf die Herkunft aus dem lateinischen Begriff *Maecenas*, der aus dem Namen Gaius Cilnius Maecenas, einem Förderer von Dichtern, hervorgegangen ist. Ferner HÄUPTLI, S. 168; HEUBERGER, S. 82 f.; HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 85 f.; PHILIPP, S. 17. Vgl. aber zum Mäzenatentum als Aktivität einer Gesellschaft (im Gegensatz zu einer Privatperson) HOMBURGER, N 975, der im Mäzenatentum insbesondere die Förderung von kultureller und vor allem künstlerischer Tätigkeit sieht, wobei das Mäzenatentum zwischen Vergabungen und Sponsoring steht. Ferner SCHWAMMBERGER, S. 5 f.

<sup>433</sup> Vgl. ENGEL, S. 16.

<sup>434</sup> Vgl. dazu NZZ vom 18. Mai 2015, 29, «Wir können fast nur noch verlieren», wo der ehemalige Sportchef des FC Basel, Georg Heitz, ausführt, der FCB sei das einzige Schweizer Sportteam, hinter dem kein Mäzen stehe.

<sup>435</sup> Als Mäzene bekannt sind etwa Walter Frey (ZSC Lions) und die Familie Mantegazza (HC Lugano), siehe NZZ vom 10. Mai 2009, 46. Zum Mäzenatentum im Schweizer Eishockey: HÄUPTLI, S. 168.



Sportaktiengesellschaft ist und seinen Einfluss direkt als Verwaltungsrat oder indirekt als faktisches Organ<sup>436</sup> ausübt. In dieser Konstellation steht er zusätzlich zu seiner Funktion als Geldgeber in einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis zur Sportaktiengesellschaft. Diese Doppelrolle des von ideellen und altruistischen Motiven getriebenen Mäzens, als Geldgeber einerseits und als Anteilsinhaber und Organ andererseits, kann aus aktienrechtlicher Sicht zu Spannungsverhältnissen führen. Exemplarisch für den Beweggrund eines Mäzens, bei einem Sportklub einzusteigen, ist folgende Aussage des ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten und Mehrheitsaktionärs des EHC Kloten,<sup>437</sup> Philippe Gaydoul: «*Ein Investment sollte irgendwann einmal Gewinn abwerfen, aber ein Sportclub? Da mach ich mir keine Illusionen. Der sollte sportlich und emotional etwas abwerfen: Wenn die Fans während des Spiels aufstehen und mitgehen, dann macht das Freude.*»<sup>438</sup> Der Sinngehalt dieser Aussage ist in vorliegendem Kontext darin zu sehen, dass die Sportaktiengesellschaft zum Vornherein gar keinen Gewinn erwirtschaften will, sondern vielmehr nach nichtwirtschaftlichen Zielen trachtet.

#### 4. Abgrenzung zwischen Profit erwirtschaften können und wollen

Die vorgehend aufgezeigten ökonomischen Gründe, mögen sie in der wirtschaftlichen Realität noch so bedeutend sein, sind von der aktienrechtlichen Problemstellung klar abzugrenzen. Das Gesellschaftsinteresse wird vom ökonomischen Umfeld der Gesellschaft nicht tangiert. Verlangt der Gesellschaftszweck die unternehmerische Betätigung in einem schlechten wirtschaftlichen Umfeld, ergeben sich daraus keine aktienrechtlichen Probleme. Es liegt in der Verantwortung der Aktionäre, den Gesellschaftszweck anzupassen und die Gesellschaftstätigkeit auf ein rentables Geschäftsfeld auszurichten.

Aktienrechtlich problematisch ist demgegenüber die *endzweckwidrige* Verfolgung der Gesellschaftstätigkeit. In der Aktiengesellschaft verkörpert das Interesse des Aktionärs nicht das Interesse der Gesellschaft. Es ist das «Spiel der AG» zu spielen.<sup>439</sup> Übt der Mäzen, der die Sportaktiengesellschaft mit überlebensnotwendigen Mitteln speist, Einfluss auf die Geschäftsführung aus, kann es zu einer endzweckwidrigen Verfolgung des Gesellschaftszwecks kommen, also zu einer *faktischen Endzweckänderung*.<sup>440</sup> Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Endzweck und der Frage, ob die Aktiengesellschaft eine vermögensrechtliche Besserstellung ihrer Aktionäre *will*, und nicht damit, ob sie angesichts des zugegebenermassen schwierigen Marktumfelds dazu in der Lage ist.

---

<sup>436</sup> Siehe zum faktischen Organ hinten N 317.

<sup>437</sup> Damals noch als «Kloten-Flyers» an der Meisterschaft teilnehmend.

<sup>438</sup> Tagesanzeiger vom 24. April 2014, 42, «Da liegen Lichtjahre dazwischen», Interview mit dem damaligen Mehrheitsaktionär und Verwaltungsratspräsidenten des EHC Kloten.

<sup>439</sup> FORSTMOSER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, N 1122 ff. Demnach hat ein Unternehmer mit den Vor- und Nachteilen der Rechtsform Aktiengesellschaft zu leben und die Formalien konsequent und streng einzuhalten, um sich vor Schadensersatzansprüchen zu schützen.

<sup>440</sup> Siehe zur *faktischen Endzweckänderung* hinten N 190 ff.

## IV. Betrachtung der Zweckartikel der schweizerischen Sportaktiengesellschaften

### Vorbemerkung

- 133 Die vorangegangenen Ausführungen lassen darauf schliessen, dass Sportaktiengesellschaften nicht bzw. nicht ausschliesslich nach einer vermögensrechtlichen Besserstellung ihrer Aktionäre trachten. Vor diesem Hintergrund interessiert, ob sich diese Haltung in den Zweckartikeln der Sportaktiengesellschaft widerspiegelt. In diesem Abschnitt werden die Zweckartikel der Schweizer Sportaktiengesellschaften im Fussball und Eishockey auf Hinweise, die auf einen nichtwirtschaftlichen oder gemischten Endzweck deuten, untersucht.

### 1. Betrachtung der Zweckformulierung

- 134 Wie bereits gesagt wurde, geht es in dieser Betrachtung ausschliesslich um die Zweckformulierungen der Sportaktiengesellschaften im Fussball und Eishockey. Die SIHF verfügt im Leistungssportbereich, das heisst in der National League und in der Swiss League, über je zwölf Mannschaften und somit grundsätzlich über 24 Sportaktiengesellschaften. In der Saison 2017/2018 nehmen aufgrund des Konkurses der Red Ice SA (en liquidation)<sup>441</sup> in der Swiss League lediglich elf Teams teil. Im Rahmen der SFL sind in der Super League und in der Challenge League je zehn Mannschaften beteiligt. Seit dem Ausscheiden des Vereins FC Le Mont aus der Challenge League sind alle Klubs in Aktiengesellschaften eingegliedert.<sup>442</sup> Allerdings handelt es sich beim FC Vaduz-Lie AG um eine liechtensteinische Gesellschaft, welche dem PGR<sup>443</sup> untersteht und von der nachfolgenden Betrachtung ausgenommen wird. Zusammen mit den Aktiengesellschaften der SIHF sind somit insgesamt 42 Sportaktiengesellschaften Gegenstand der Untersuchung.

### 2. Zweckartikel

- 135 Der Zweck ist nach Art. 626 Ziff. 2 OR Bestandteil der Statuten einer Aktiengesellschaft und muss gemäss Art. 45 lit. g HRegV ins Handelsregister eingetragen werden. Er wird entweder unverändert, das heisst entsprechend der Formulierung in den Statuten, übernommen oder auf den wesentlichen Inhalt gekürzt, mit dem Hinweis, nicht eingetragene Tatsachen seien den Statuten zu entnehmen (Art. 118 Abs. 2 HRegV). Der Handelsregistereintrag ist in der Internetdatenbank *Zefix* öffentlich zugänglich.<sup>444</sup>

---

<sup>441</sup> Konkursöffnung per 19. Juni 2017.

<sup>442</sup> Der *FC Le Mont-sur-Lausanne* hat für die Saison 2017/2018 keine Lizenz erhalten und wurde durch die Aufsteigerin, die *FC Rapperswil-Jona 1928 AG*, ersetzt.

<sup>443</sup> Liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) vom 20. Januar 1926.

<sup>444</sup> Siehe Art. 13 f. HRegV. Internetdatenbank abrufbar unter < <https://www.zefix.ch> >.

### 3. Einteilung der Sportaktiengesellschaften in Gruppen

Die 42 Zweckformulierungen der Sportaktiengesellschaften werden nachfolgend in drei Kategorien eingeteilt. Zur Gruppe «keine Hinweise auf nichtwirtschaftlichen Endzweck» gehören Gesellschaften, deren Zweckartikel nicht auf eine nichtwirtschaftliche Zielsetzung schliessen lässt und bei denen demnach von einem rein wirtschaftlichen Endzweck auszugehen ist. Wird der nichtwirtschaftliche Endzweck demgegenüber angezeigt, erfolgt die Einteilung in die Gruppe «Hinweise auf nichtwirtschaftlichen Endzweck». Mit «Hinweise auf einen gemischten Endzweck» wird eine Zweckformulierung dann qualifiziert, wenn Anhaltspunkte vorliegen, die auf einen nichtwirtschaftlichen Endzweck hindeuten, ein wirtschaftlicher Endzweck aber nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann.

136

Die Zweckartikel aller Sportaktiengesellschaft sind im Anhang wiedergegeben.<sup>445</sup> Die nachfolgende Einteilung basiert einzig auf der Einschätzung und Würdigung des Verfassers dieser Arbeit und sagt nichts darüber aus, ob aus rechtlicher Sicht ein wirtschaftlicher, nichtwirtschaftlicher oder gemischter Endzweck gegeben ist. Die rechtlichen Anforderungen für nichtwirtschaftlichen und gemischten Endzweck sind Gegenstand des Kapitels 3 und 4.

137

#### a) Kategorie «keine Hinweise auf einen nichtwirtschaftlichen Endzweck»

Die Aktiengesellschaften dieser Gruppe enthalten keinen Hinweis auf eine ideelle oder nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung. In der Regel lautet die Zweckangabe «Organisation, Leitung und Durchführung eines Spielbetriebs».<sup>446</sup>

138

Als Beispiel sei die FC Basel 1893 AG mit folgendem Zweckartikel herausgegriffen.

139

*Organisation, Durchführung und Leitung eines professionellen Fussballbetriebes sowie Unterhalt einer der Swiss Football League angehörenden Fussballmannschaft und weiterer Fussballmannschaften im Bereich Leistungssport, welche sich an den entsprechenden Wettbewerben unter dem Namen FC Basel oder FC Basel 1893 und unter den offiziellen Club-Farben Rot Blau beteiligen. Die Gesellschaft kann sich an anderen Unternehmen beteiligen, Lizenzen, Patente und andere immaterielle Werte sowie Grundeigentum erwerben, verwalten und veräussern.*

Weitere häufige Bestandteile des Zweckartikels in dieser Gruppe sind die Bewirtschaftung von Immaterialgüterrechten, der Holdingzweck, der Erwerb von Grundeigentum und das Organisieren von Veranstaltungen.

Folgende 20 Sportaktiengesellschaften sind der Kategorie «keine Hinweise auf einen nichtwirtschaftlichen Endzweck» zuzuordnen:

140

<sup>445</sup> Siehe Anhang hinten N 946 ff.

<sup>446</sup> So bei den folgenden Sportaktiengesellschaften ausdrücklich: FC St. Gallen AG, FC Basel AG, Neue Grasshopper Fussball AG, FC Thun AG, BSC Young Boys Betriebs AG, FC Aarau AG, FC Biel AG in Liquidation, FC Winterthur AG, EVZ Sport AG, The Hockey Academy AG.

Im Fussball: FC St. Gallen AG, FC Basel 1893 AG, Neue Grasshopper Fussball AG, F.C. LUGANO SA, OLYMPIQUE DES ALPES SA,<sup>447</sup> FC Thun AG, BSC Young Boys Betriebs AG, Betriebsgesellschaft FCZ AG, FC Aarau AG, CHIASSO 2005 SA, LS - Vaud foot SA,<sup>448</sup> FC Schaffhausen AG, FC Winterthur AG, SERVETTE FOOTBALL CLUB 1890 SA.

Im Eishockey: Hockey Club Lugano SA, GENEVE-SERVETTE Hockey Club SA, Hockey Club Davos AG, Eishockey Club Olten AG EHCO, EVZ Sport AG, HC Ajoie SA.

## **b) Kategorie «Hinweise auf einen nichtwirtschaftlichen Endzweck»**

- 141 Keine der 42 Sportaktiengesellschaften erwähnt einen *ausdrücklichen* nichtwirtschaftlichen Zweck.<sup>449</sup> Mit der Thurgauer Eishockey AG, der HC Fribourg-Gottéron S.A. und der Hockey Club Biasca SA verfügen drei Eishockeyklubs über Zweckformulierungen, die in einer Weise auf Nichtwirtschaftlichkeit hindeuten, die für eine gleichzeitige wirtschaftliche Zweckverfolgung keinen Raum übrig zu lassen scheint.<sup>450</sup> Dies soll anhand zweier Beispiele illustriert werden.

Beispiel 1: Thurgauer Eishockey AG

***Förderung und Verbreitung des Eishockeysports, sowohl den Breiten- als auch Spitzensport, vor allem im Kanton Thurgau, sowie Kooperation und Unterstützung von Hockey-Teams und Vereinen im Bereich Ausbildung und Sponsoring.*** Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen. Sie kann im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräussern und verwalten, Finanzierungen für eigene oder fremde Rechnung vornehmen sowie Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte eingehen.<sup>451</sup>

Beispiel 2: HC Fribourg-Gottéron S.A.<sup>452</sup>

*Encourager et développer la pratique du hockey sur glace et le hockey in-line en mettant l'accent sur la formation des jeunes, le sport de compétition ainsi que promouvoir le hockey sur glace et le hockey in-line comme activité de loisir, poursuivre et développer les activités du Hockey-Club Fribourg-*

---

<sup>447</sup> Deren Mannschaft als FC Sion in der Super League spielt.

<sup>448</sup> Deren Mannschaft als FC Lausanne-Sport in der Challenge League spielt.

<sup>449</sup> Keine Sportaktiengesellschaft, jedoch eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft innerhalb eines Sportklubkonzerns ist die Ilfishalle Sport & Event AG, die der Organisation der SCL Tigers zuzurechnen ist. Siehe dazu hinten N 369.

<sup>450</sup> Zudem ist auf den statutarischen Zweck der FC Basel Holding AG, die Aktionärin der FC Basel 1893 (Trägerin des Leistungssports und der Lizenznehmerin der SFL) ist, hinzuweisen: «Unterstützung der FC Basel 1893 AG und des Vereins FC Basel 1893 in finanzieller und ideeller Art, Förderung des Ansehens der FC Basel 1893 AG und des Vereins FC Basel 1893 einerseits und des Standortes Basel andererseits sowie Erwerb, dauernde Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen an in- und ausländischen Unternehmen aller Art. Die Gesellschaft kann Liegenschaften erwerben und verkaufen.» Bei einer solchen Zweckformulierung spricht vieles für die Annahme eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks.

<sup>451</sup> Passagen mit nichtwirtschaftlichem Bezug werden *fett* hervorgehoben.

<sup>452</sup> Die HC Fribourg-Gottéron S.A. verfügt indessen nach vorliegender Ansicht über einen gemischten Endzweck, der sich nicht aus der Zweckformulierung, sondern aus der statutarischen Bestimmung über die Gewinnverwendung ergibt, siehe hinten N 704.

*Gottéron, fondé le 1er décembre 1938, en constituant et maintenant dans le canton de Fribourg une équipe de hockey sur glace de haut niveau, diffuser dans le public une image positive du hockey sur glace et du hockey in-line afin de susciter et d'entretenir un large soutien populaire en faveur de ce sport en général et du HC Fribourg-Gottéron en particulier, favoriser dans la pratique du hockey des comportements et des attitudes de faire-play, entretenir entre les équipes, les hockeyeurs de tous niveaux, les supporters et le public des relations de sympathie, d'amitié et de camaraderie.*

### c) Kategorie «Hinweise auf einen gemischten Endzweck»

Zahlreiche Sportaktiengesellschaften nennen neben der typischen Formulierung «Organisation und Leitung des Spielbetriebs» weitere Ziele, die nichtwirtschaftlich anmuten. Vorwiegend wird dabei die *Nachwuchsförderung* in den Zweckartikel inkludiert. Als Beispiele dienen für das Eishockey die SCB Eishockey AG und als Vertreterin des Fussballs die FC Luzern-Innerschweiz AG.

142

SCB Eishockey AG

*Durchführung, Organisation und Leitung des professionellen Spielbetriebes einer Eishockeymannschaft inklusive Durchführung der Spiele und Abwicklung des Transferwesens; sie bezweckt ferner die finanzielle Unterstützung sowie die Förderung des Eishockey-Nachwuchses des Vereins SCB-Eishockey-Sektion, Bern; sie kann sich an andern Unternehmungen beteiligen und Grundstücke erwerben.*

FC Luzern-Innerschweiz AG

*Organisation und Leitung von Profi-Fussballbetrieben in der Innerschweiz, insbesondere des Profi-Fussballbetriebes des Fussballclubs Luzern sowie Durchführung von Fussballspielen; Betrieb von Nachwuchsförderung sowie Gewährung von Darlehen an Fussballmannschaften und Fussballclubs; Verwaltung von Vermögenswerten, insbesondere Vermittlung, Erwerb, Finanzierung, Erstellung, Verwaltung oder Veräusserung von Liegenschaften; Tätigkeit von Patent- und Lizenzgeschäften; Beteiligungen.*

Den Nachwuchs (finanziell) zu fördern, ist ein Ziel, das nicht nur nach allgemeiner Auffassung ideell aufgefasst werden dürfte, sondern sich als tatsächlich ausgeübte Tätigkeit nicht dazu eignet, Profit zu erwirtschaften. Wie eine solche Nachwuchsförderungsklausel rechtlich zu beurteilen ist, wird in vorliegender Arbeit zu prüfen sein.<sup>453</sup>

143

Der Kategorie «Hinweise auf einen gemischten Endzweck» sind folgende 19 Sportaktiengesellschaften zuzuordnen:

Im Fussball: FC Luzern-Innerschweiz AG, Neuchâtel Xamax 1912 SA, FC Will 1900 AG, FC Wohlen AG, FC Rapperswil-Jona 1928 AG.

---

<sup>453</sup> Siehe hinten N 707 ff.

Im Eishockey: SCB Eishockey AG, EHC Kloten Sport AG, Lausanne Hockey Club SA, ZLE Betriebs AG<sup>454</sup>, EHC Biel Sport AG, SCL Tigers AG, Hockey Club Ambri Piotta SA, HCC La Chaux-de-Fonds SA, GCK Lions Eishockey AG, SC Langenthal AG, EHC Visp Sport AG, EHC Winterthur Sport AG, Lakers Sport AG, The Hockey Academy AG.

#### 4. Ergebnis

- 144 Von den 42 untersuchten Sportaktiengesellschaften sind 20 der Gruppe «wirtschaftlicher Endzweck», 19 der Gruppe «gemischter Endzweck» und lediglich 3 der Gruppe «nichtwirtschaftlicher Endzweck» zuzuordnen, wobei auch Letztere keinen ausdrücklichen Begriff wie *nichtwirtschaftlich* verwenden. Dieses Ergebnis erstaunt im Lichte der Geschichte der Sportklubs, welche eher erwarten liesse, dass im Zuge der Umwandlung von der Vereinsform in die Form der Aktiengesellschaft viele Klubs sich für eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Art. 620 Abs. 3 OR hätten entscheiden wollen.<sup>455</sup> Bemerkenswert ist zudem, dass keine einzige Sportaktiengesellschaft wettkampfbezogene, sportliche Ziele im Sinne von «Die Gesellschaft bezweckt mit ihrer Professional-Mannschaft, die Schweizer Meisterschaft zu gewinnen» in ihren Zweckartikel aufgenommen hat.
- 145 Die Aussagekraft der Zweckartikel für die Bestimmung des Endzwecks ist an dieser Stelle in zweifacher Hinsicht zu relativieren. Zum einen kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein nichtwirtschaftlicher Endzweck oder Teilendzweck Inhalt der Statuten oder sogar des Zweckartikels ist, jedoch von den Handelsregisterbehörden nicht in den publizierten Zweck, also den handelsregisterrechtlichen Zweck im Sinne von Art. 118 HRegV aufgenommen wurde. Die Handelsregisterbehörde ist weder berechtigt noch verpflichtet, den gesamten Zweckartikel zu übernehmen.<sup>456</sup> Sie wird sich daher zumeist nicht mit einem allfälligen Konflikt oder einer Unklarheit betreffend den Endzweck befassen.<sup>457</sup> Bestandteile des Zwecks wie bspw. präambelartige Einleitungen können gekürzt werden.<sup>458</sup> Dadurch wird aber nicht über die Rechtmässigkeit einer Statutenbestimmung befunden, vielmehr geht es um die Streichung von sachfremden Elementen, die nicht zum Tätigkeitsfeld der Gesellschaft gehören.<sup>459</sup> In Bezug auf Formulierungen, die auf eine nichtwirtschaftliche Komponente hinweisen, ist nach der hier vertretenen Auffassung die Publikation im Sinne von Art. 118 HRegV zwingend vorzunehmen. Gerade wenn ein nichtwirtschaftlicher Teilendzweck daraus abgeleitet werden kann, ist das Bedürfnis nach

---

<sup>454</sup> Deren Mannschaft als ZSC Lions in der National League spielt.

<sup>455</sup> Siehe dazu vorne N 98 f.

<sup>456</sup> SHK HRegV-CHAMPEAUX, Art. 118 N 21, wobei der Zweck in den Statuten weiterhin bestehen bleibt und nicht etwa abgeändert werden müsste.

<sup>457</sup> Die Kognition des Handelsregisterführers ist beschränkt. Materielles Recht kann er nur im Bereich des eindeutig zwingenden Rechts prüfen. Er prüft zwar den Statuteninhalt vollständig, hat aber alles einzutragen, was nicht eindeutig als unzulässig zu qualifizieren ist. Insofern bietet der Eintrag ins Handelsregister keine Gewähr für die Rechtmässigkeit statutarischer Regelungen. Siehe dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 44, 49.

<sup>458</sup> SHK HRegV-CHAMPEAUX, Art. 118 N 20.

<sup>459</sup> Vgl. SHK HRegV-CHAMPEAUX, Art. 118 N 21 ff.

handelsregisterrechtlicher Offenlegung besonders hoch.<sup>460</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage betreffend Nennung und Eintragung eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks gibt es freilich nicht. Zum anderen kann der nichtwirtschaftliche End- oder Teilendzweck auch in anderen Statutenbestimmungen, die nicht zwangsläufig im Handelsregisterauszug erscheinen, enthalten sein. Eine vollständig ausserhalb des Zweckartikels erfasste Endzweckprogrammierung dürfte nur (sehr) selten vorliegen.<sup>461</sup>

Die erfolgte Einteilung gibt somit einen Überblick über die faktisch bestehenden Zweckformulierungen. Inwiefern die erwähnten Hinweise in den Zweckartikeln rechtlich einen nichtwirtschaftlichen oder gemischten Endzweck begründen können, ist unter der Kapitel 3 und 4.

146

---

<sup>460</sup> Auch Konzern- und Unterwerfungsklauseln werden durch die Handelsregisterbehörden akzeptiert. Siehe dazu SHK HRegV-CHAMPEAUX, Art. 118 N 24.

<sup>461</sup> Siehe zu Dividendenbeschränkung hinten N 515 ff.





## Kapitel 2 Sportklubs als Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck

### Vorbemerkung

Die im ersten Kapitel dargestellte Ausgangslage hat unter anderem den Erscheinungstyp der Aktiengesellschaft zutage gefördert, die nicht nach einer vermögensrechtlichen Besserstellung ihrer Aktionäre trachtet, sich aber dennoch nicht oder nicht genügend klar eine nichtwirtschaftliche Komponente auf die Fahne schreibt. In Kapitel 2 geht es darum, zu untersuchen, welche rechtlichen Konsequenzen und Gefahren sich daraus für den Sportklub ergeben, wenn er als gewöhnliche, wirtschaftliche Aktiengesellschaft konstituiert ist. Dabei wird zunächst die Aktiengesellschaft als Rechtskleid eines Sportklubs charakterisiert, wobei insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen sportlichen und wirtschaftlichen Zielen hervorsticht (I.). Sodann wird die Bedeutung dieses Spannungsverhältnisses für den Verwaltungsrat (II.), für die Aktionäre (III.) und für andere tangierte Bereiche (IV.) untersucht.

147

## I. Wirtschaftlicher Endzweck der Sportaktiengesellschaft

### 1. Begriff Sportaktiengesellschaft

Der Begriff Sportaktiengesellschaft beinhaltet die Komponenten «Sport» und «Aktiengesellschaft». Die Komponente «Aktiengesellschaft» bezieht sich auf Art. 620 ff. OR.<sup>462</sup> Die Komponente «Sport» drückt zwei wesentliche Eigenheiten aus, die den Unterschied gegenüber gewöhnlichen Geschäftsbranchen ausmachen. Einerseits unterscheidet sich der sportliche Wettkampf als Kernprodukt wesentlich von gewöhnlichen Handels- oder Dienstleistungstätigkeiten,<sup>463</sup> und andererseits ist die Gesellschaft an einen nationalen Dachverband angeschlossen.<sup>464</sup> Die Bezeichnung Sportaktiengesellschaft im hier verstandenen Sinne bezieht sich auf Klubs in Mannschaftssportarten (präziser könnte auch von Sportklubaktiengesellschaften gesprochen werden).

148

Als Definition kann demnach gelten: Die Sportaktiengesellschaft ist eine Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. OR, die einem nationalen Dachverband angeschlossen ist und mit einer Mannschaft an

149

---

<sup>462</sup> Siehe sogleich N 150.

<sup>463</sup> Siehe sogleich N 152.

<sup>464</sup> Siehe zur rechtlichen und faktischen Bindung an das Verbandsrecht hinten N 811 ff.

sportlichen Wettkämpfen teilnimmt, bei welchen das Erreichen von leistungsvergleichenden,<sup>465</sup> sportlichen Zielen angestrebt wird, wobei der sportliche Wettkampf vermarktet wird.<sup>466 467</sup>

## 2. Auf Sportaktiengesellschaften anwendbares Recht

- 150 Als Aktiengesellschaft ist die Sportaktiengesellschaft der dritten Abteilung des Obligationenrechts unterstellt. Bei der Sportaktiengesellschaft handelt sich schlicht um eine gewöhnliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. OR, die in keiner Weise auf bundeszivilgesetzlicher Stufe zusätzlich geregelt ist.<sup>468</sup> Die sportrechtlichen Eigenheiten des Mannschaftssports sind der Schweiz der Selbstregulierung überlassen. Der Verband stellt Anforderungen und Rahmenbedingungen auf, welche eingehalten werden müssen, damit die Mannschaft der jeweiligen Sportaktiengesellschaft zur Meisterschaft zugelassen wird.<sup>469</sup>
- 151 Diese Verbandsrechtsetzung ist im Grunde nichts anderes als Vereinsrecht, jedoch mit der relevanten Eigenheit, dass durch die Monopolstellung<sup>470</sup> ein Mitgliedschaftszwang resultiert.<sup>471</sup> Für Sportaktiengesellschaften ist somit neben dem Aktienrecht das Verbandsrecht von ähnlich grosser rechtlicher Bedeutung.

## 3. Vermarktung des sportlichen Wettkampfs

- 152 Neben dem Kernelement der Teilnahme am sportlichen Wettkampf, welches das eigentliche Produkt darstellt, ist die unternehmerische Tätigkeit der Sportaktiengesellschaft auf alle Tätigkeiten gerichtet, die mit der Organisation, Durchführung und Leitung eines professionellen Spielbetriebs einhergehen. Der sportliche Wettkampf ist als Produkt marktfähig. Anders als der Handel mit Waren oder das Erbringen von Dienstleistungen, bei welchen direkt Einnahmen generiert werden, bringt der sportliche Wettkampf als solches keine direkten Einkünfte. Um im Sport Einnahmen zu erzielen, bedarf es der Vermarktung.<sup>472</sup> Somit ist die Vermarktung des sportlichen Wettkampfs ein Tätigkeitsfeld jeder auf einen wirtschaftlichen Endzweck gerichteten Sportaktiengesellschaft.<sup>473</sup>

---

<sup>465</sup> Zum Begriffselement «leistungsvergleichend» siehe vorne N 155.

<sup>466</sup> Siehe ferner zur Aktiengesellschaft im Sport im Allgemeinen KALBERMATTER, S. 82 ff.

<sup>467</sup> Keine Sportaktiengesellschaft im hier verstandenen Sinne ist die Champions Hockey League (CHL) AG, da Zweck dieser Gesellschaft das Veranstellen eines internationalen Turniers ist und nicht die Teilnahme an Wettkämpfen mit einer eigenen Mannschaft.

<sup>468</sup> Auf alle Aktiengesellschaft ist grundsätzlich dasselbe Recht anwendbar, unabhängig davon, welcher Tätigkeit sie nachgehen, sog. Einheit des Aktienrechts. Siehe vorne N 10.

<sup>469</sup> Siehe hinten N 887.

<sup>470</sup> Siehe zur Monopolstellung vorne N 94.

<sup>471</sup> Solche Zwangsmitgliedschaften sind von den Berufsverbänden her bekannt, wie bspw. dem Mitgliedschaftszwang für Rechtsanwälte beim jeweiligen kantonalen und schweizerischen Anwaltsverband.

<sup>472</sup> Siehe zur Vermarktung von Sportveranstaltungen im Allgemeinen GUROVITS/MADONNA-QUADRI/FISCHER, S. 193 ff.

<sup>473</sup> HÜGI, § 10 N 4.

## 4. Verfolgung von sportlichen Zielen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft

### a) Sportliche Ziele und sportlicher Erfolg

Als sportliche Ziele können alle Bestrebungen verstanden werden, die im direkten Bezug zu einer sportlichen Betätigung stehen. Ausserhalb des leistungsvergleichenden Bereichs geht es lediglich um die sportliche Betätigung als solche, und ein eigentlicher Gegner fehlt. Das sportliche Ziel kann dabei bereits durch die blossе Ausübung des Sports erfüllt werden. Demgegenüber besteht das sportliche Ziel im leistungsvergleichenden Bereich im Obsiegen über den Kontrahenten. Dieser Bereich ist gekennzeichnet durch einen Wettkampf, bei dem ein Leistungsvergleich zwischen zwei oder mehreren gegeneinander antretenden Wettkämpfern geschaffen wird.<sup>474</sup> Ein echter sportlicher Wettkampf kann nur dann stattfinden, wenn sein Ausgang ungewiss ist.<sup>475</sup> Die Ungewissheit, als Wesensmerkmal des sportlichen Wettkampfs, bedingt, dass beide bzw. alle Teilnehmer versuchen zu gewinnen.<sup>476</sup> Das einzelne Spiel ist hierbei ebenso als Wettkampf zu verstehen wie eine ganze Meisterschaft oder ein Turnier. Im Mannschaftssport versucht jede Mannschaft, möglichst viele Spiele zu gewinnen und einen möglichst guten Platz in der Rangliste zu erreichen bzw. in einem Turnier so weit wie möglich über die Runden zu kommen.

153

Sportlicher Erfolg tritt ein, wenn eine Mannschaft ihre individuell gesteckten Ziele erreicht, so dass nach subjektivem Empfinden ein positives Ergebnis der sportlichen Bemühung resultiert. Dieser Zustand kann nicht nur durch das Gewinnen eines Spiels oder eines Wettkampfes erreicht werden, sondern auch durch gute Leistungen oder Leistungssteigerungen im Allgemeinen. So kann der knappe Ligaerhalt im Mannschaftssport für den Aufsteiger einen grossen sportlichen Erfolg bedeuten, wohingegen derselbe Rang für den Titelanwärter ein desaströses Ergebnis darstellen würde.<sup>477</sup> Der ultimative sportliche Erfolg ist der Gewinn eines Gesamtwettkampfes auf der höchsten nationalen oder internationalen Leistungsstufe.<sup>478</sup>

154

### b) Wettkampfbezogene und nicht wettkampfbezogene sportliche Ziele

Das Kriterium des *Leistungsvergleichs* ist, wie soeben erläutert, in erster Linie ein Abgrenzungskriterium zwischen verschiedenen Arten der Sportausübung. Beim Eishockey- und Fussballsport handelt es sich um leistungsvergleichenden Sport. Innerhalb eines leistungsvergleichenden Sports kann es jedoch auch andere als leistungsvergleichende Ziele geben. Um Verwechslungen zu vermeiden, kann innerhalb

155

<sup>474</sup> KAISER, S. 8.

<sup>475</sup> HÜGI, § 10 N 4; STANCESCU, S. 254.

<sup>476</sup> Vgl. STANCESCU, S. 252 ff.

<sup>477</sup> Auch im Einzelsport kann sportlicher Erfolg durchaus eintreten, obschon kein Wettkampf gewonnen wird, bspw. wenn in einem Tennismatch der Aussenseiter zwar gegen den Titelfavoriten verliert, jedoch über weite Strecke mithalten kann, oder wenn eine Leichtathletin den 100-Meter-Final auf dem letzten Platz beendet, gleichzeitig aber eine persönliche Bestzeit aufstellt.

<sup>478</sup> Wie etwa Schweizermeister, Champions-League-Sieger sowie Europa- oder Weltmeister.

eines leistungsvergleichenden Sports zwischen *wettkampfbezogenen* und *nicht wettkampfbezogenen* sportlichen Zielen unterschieden werden.

- 156 Wettkampfbezogen ist ein Ziel dann, wenn bewusstes Handeln auf das Erreichen eines bestimmbaren sportlichen Erfolgs gerichtet ist. Der Entscheidungsträger wird sich dabei die Frage stellen: «Was muss ich tun bzw. unterlassen, damit wir im sportlichen Wettkampf erfolgreich sind?» So wird sich der Sportchef eines Klubs bspw. fragen, welches die besten und geeignetsten Spieler für seine Mannschaft sind, während der Trainer sich fragt, wie intensiv er seine Spieler trainieren lassen will, damit sie am Wettkampftag gut vorbereitet, aber nicht müde sind.
- 157 Nicht wettkampfbezogen ist ein Ziel demgegenüber in den Fällen, in denen kein sportlicher Wettkampf stattfindet oder das Ziel nicht in einem bestimmbaren sportlichen Erfolg besteht. Die Vermittlung eines positiven Bilds der Sportart in der Gesellschaft oder die Förderung einer erstrebenswerten Grundhaltung, wie sie bspw. der Fair-Play-Grundsatz verkörpert, sind Beispiele für derartige Motive.<sup>479</sup> Der Entscheidungsträger der Sportaktiengesellschaft wird sich die Frage stellen: «Welchen sportlich-ideellen Zielen wollen wir über unseren wettkampfbezogenen Sport hinaus nachgehen?»

### c) Sportliche Ziele als ideelle Ziele

- 158 Sportliche Ziele können als *ideelle* Ziele verstanden werden. Der Terminus *ideell* ist im vorliegenden Kontext als Abgrenzung zum wirtschaftlichen Endzweck zu verstehen. In diesem Sinne bedeutet ideell in erster Linie *nichtwirtschaftlich*.<sup>480</sup> Worin genau das ideelle Ziel bestehen soll, kann dem Gesetz nicht entnommen werden und bedarf einer zusätzlichen Präzisierung (Förderzweckbestimmung).<sup>481</sup> Das Vereinsrecht gibt in Art. 60 Abs. 1 ZGB anhand von Beispielen darüber Aufschluss, was unter ideellen Aufgaben verstanden werden kann. Demnach fallen politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, wohltätige, gesellige oder «andere *nichtwirtschaftliche* Aufgaben» darunter.<sup>482</sup> Eine solche Aufgabe kann auch das Verfolgen von sportlichen Zielen sein.

### d) Sport als Mittel zum Zweck

- 159 Die eigentliche sportliche Betätigung und insbesondere der sportliche Wettkampf weisen, wie soeben ausgeführt, einen nichtwirtschaftlichen Charakter auf.<sup>483</sup> Zuweilen wird gefordert, die Interessen des Sports mit seiner nichtwirtschaftlichen Prägung sollten wirtschaftlichen Individualinteressen stets vorgehen.<sup>484</sup> Dies habe selbst dann zu gelten, wenn aufgrund einer Professionalisierung mit der sportlichen

---

<sup>479</sup> Vgl. Auszug aus dem Zweckartikel des HC Fribourg-Gottéron S.A.: «diffuser dans le public une image positive du hockey sur glace et du hockey in-line afin de susciter et d'entretenir un large soutien populaire en faveur de ce sport en général et du HC Fribourg-Gottéron en particulier, favoriser dans la pratique du hockey des comportements et des attitudes de faire-play.» Siehe vollständiger Zweckartikel im Anhang.

<sup>480</sup> Vgl. DIAS, S. 42.

<sup>481</sup> Siehe dazu hinten N 436 ff.

<sup>482</sup> EB-Steuerbefreiung, S. 23 f. m.w.H.

<sup>483</sup> Vgl. KAISER, S. 117.

<sup>484</sup> KAISER, S. 117.

Tätigkeit ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, denn daraus allein könne keine auf rein ökonomischen Kriterien basierende Handlungspflicht begründet werden.<sup>485</sup> Die Anerkennung eines solchen Vorrangs als «sportrechtlicher» Grundsatz würde indessen dem Sport eine Bedeutung verleihen, die einer *lex sportiva*<sup>486</sup> gleichkäme (also einem gesetzlich nicht vorgesehenen sportrechtlichen Grundsatz, der von den Gerichten dennoch wie ein Gesetz behandelt würde). Übertragen auf das Gesellschaftsrecht würde so für den Realtypus der Sportaktiengesellschaft eine eigene – auf den Einzelfall (möglicherweise) adäquate – Regelung angewendet. Ein solches Vorgehen wäre jedoch nichts anderes als *freie richterliche Rechtsfindung*, die der anerkannten Theorie der formalen Rechtsanwendung zuwiderläuft und demnach abzulehnen ist.<sup>487</sup> Beinhaltet das Tätigkeitsfeld einer Aktiengesellschaft die Teilnahme an sportlichen Wettkämpfen, ändert sich an der finalen wirtschaftlichen Zielsetzung der Gesellschaft nichts. Die Teilnahme an sportlichen Wettkämpfen ist Teil des Gesellschaftszwecks im Sinne von Tätigkeitsfeld und beschreibt, *was* konkret unternommen werden soll, um den wirtschaftlichen Endzweck zu verwirklichen und somit letztlich den Aktionären vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen.

In der Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck ist der Sport bzw. der sportliche Wettkampf in diesem Sinne immer *Mittel zum Zweck* für die Realisierung des wirtschaftlichen Endzwecks.

160

#### e) Ist sportlicher Erfolg auch wirtschaftlicher Erfolg?

Die Annahme, dass für eine Sportaktiengesellschaft sportlicher Erfolg und wirtschaftlicher Erfolg gleichbedeutend sind, liegt nahe.<sup>488</sup> Es gibt viele Argumente, die diese Vermutung stützen. So werden etwa vom Verband Prämien ausgerichtet für das Erreichen der nächsten Runde in einem Turnier. Sodann führt im Eishockey das Gewinnen einer Play-off-Serie zu mindestens zwei weiteren Heimspielen.<sup>489</sup> Weiter streben auch Sponsoren mit ihrem Engagement unternehmerische Vermarktungsziele an, wobei die maximale Wirkung nur bei sportlichem Erfolg erzielt wird.<sup>490</sup> Schliesslich dürfte oftmals auch das Zuschauerinteresse mit zunehmendem sportlichem Erfolg steigen. Es ist demnach in vielen Fällen von einer Kongruenz zwischen dem Streben nach sportlichem und wirtschaftlichem Erfolg auszugehen.<sup>491</sup>

161

Diese Annahme dürfte aber gleichzeitig Ursache dafür sein, dass nicht selten in Sportaktiengesellschaften wirtschaftlich verantwortliches Handeln zugunsten der Hoffnung auf sportlichen Triumph geopfert wird.<sup>492</sup> Neben dem Problem, dass es sich als sehr schwierig erweist, die Auswirkung von sportlichem

162

<sup>485</sup> KAISER, S. 177.

<sup>486</sup> Siehe zur *lex sportiva* vorne N 91.

<sup>487</sup> Siehe zur Theorie der freien richterlichen Rechtsfindung und zur Theorie der formalen Rechtsanwendung vorne N 12 ff.

<sup>488</sup> Vgl. HÜGL, § 10 N 4 ff. Ferner HÄUPTLI, S. 167; KORTHALS, S. 16 m.w.H.

<sup>489</sup> In den Play-offs wird in der Schweiz «best of seven» gespielt.

<sup>490</sup> ENGEL, S. 41.

<sup>491</sup> Den Begriff *Kongruenz* verwendet im selben Sinne FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N 17 in Bezug auf die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft und die mehrheitlich vorliegende Übereinstimmung zwischen öffentlichem Interesse und Gesellschaftsinteresse.

<sup>492</sup> Vgl. dazu DIETL, S. 10, wonach die Neigung besteht, sportlichen Erfolg dem wirtschaftlichen gleichzusetzen, was ökonomisch betrachtet falsch sei, denn der Beitrag des Siegers sei im Wertschöpfungsprozess gleich gross wie derjenige des Verlierers.

Erfolg auf den wirtschaftlichen Erfolg zu messen, gibt es – insbesondere im Eishockey – weitere Sachverhalte, bei welchen die vorerwähnte Annahme widerlegt wird oder sogar das Gegenteil zutrifft. Sportlicher Erfolg kann dann sogar zu wirtschaftlichem Misserfolg führen.<sup>493</sup>

- 163 Entgegen der Natur der Aktiengesellschaft als gewinnstrebige Gesellschaftsform scheinen viele Sportklubs vor allem an der *Siegmaximierung* anstatt an der Gewinn- bzw. Profitmaximierung interessiert zu sein.<sup>494</sup> Das tatsächliche Ziel der Entscheidungsträger besteht dann darin, dass durch eine Aktiengesellschaft – sozusagen als Vehikel – möglichst viel Kapital zur Verfügung gestellt werden soll, welches möglichst vollumfänglich in den Sport und somit hauptsächlich in die «Akquisition» von Spielern fließt.<sup>495</sup> Ob eine Sportaktiengesellschaft wirtschaftlich erfolgreich arbeitet, kann in diesen Fällen anhand ihrer sogenannten «*spending power*» beurteilt werden.<sup>496</sup>

## II. Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für den Verwaltungsrat

### Vorbemerkung

- 164 Es ist Aufgabe des Verwaltungsrats als oberstes Organ, mit dem Spannungsverhältnis zwischen den sportlichen, ideellen und wirtschaftlichen Zielen so zu operieren, dass die Interessen der Gesellschaft bestmöglich gefördert werden. Im diesem Teil der Arbeit wird untersucht, ob der Verwaltungsrat generell sportliche Ziele zulasten des wirtschaftlichen Endzwecks verfolgen darf (1. und 2.). Sodann folgt eine Betrachtung von konkreten sportlichen Zielen, bei denen das genannte Spannungsverhältnis zu Tage tritt (3. und 4.). Im Anschluss wird das Augenmerk auf praktische Probleme im Zusammenhang mit der Finanzverantwortung des Verwaltungsrates gerichtet (5.).

### 1. Verfolgung rein sportlicher Ziele unter wirtschaftlichem Endzweck

#### a) Verfolgung rein sportlicher Ziele

- 165 Der Verwaltungsrat hat anhand seiner aktiven Interessenwahrungspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR zu eruieren, was er in welcher Art und Weise tun muss, um der Gesellschaft zu dienen.<sup>497</sup> Dabei hat er sich an Zweck und Endzweck zu orientieren und so das Gesellschaftsinteresse zu konkretisieren. Allgemein ist das Gesellschaftsinteresse bei der Aktiengesellschaft zu verstehen als Unternehmensinteresse, welches das langfristige, nachhaltige Gedeihen der Unternehmung sowie die Steigerung von deren Wert beinhaltet.<sup>498</sup> Im Schweizer Recht ist kein Platz für eine typengerechte Auslegung des

---

<sup>493</sup> Siehe dazu hinten N 204 ff.

<sup>494</sup> HÄUPTLI, S. 167. Vgl. auch HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 85.

<sup>495</sup> HÄUPTLI, S. 167.

<sup>496</sup> FRANCK, Governance Structures, S. 110.

<sup>497</sup> Siehe vorne N 77 ff.

<sup>498</sup> Siehe zum Unternehmensinteresse vorne N 74 ff.

Gesellschaftsinteresses (Art. 717 Abs. 1 OR) oder anderer aktienrechtlicher Bestimmungen, die eine auf den Sportklub massgeschneiderte Behandlung erlauben würde.<sup>499</sup> Der Verwaltungsrat muss sich demnach darüber im Klaren sein, dass es sich bei der Sportaktiengesellschaft um nichts anderes handelt als um eine gewöhnliche Aktiengesellschaft. Der sportliche Wettkampf und dessen Vermarktung sind dabei *Mittel zum Zweck* oder, deutlicher gesagt, *Mittel zum wirtschaftlichen Endzweck*.<sup>500</sup>

Solange wirtschaftliche und sportliche Ziele miteinander in Einklang stehen, sind im Lichte des Unternehmensinteresses keine Probleme ersichtlich. Das Erreichen der nächsten Runde in den Eishockey-Play-offs bspw. wird dem Klub mindestens zwei weitere, gut besuchte Heimspiele beschern,<sup>501</sup> und die Präsenz im öffentlichen Fernsehen bei Spielübertragungen wirkt sich positiv auf Sponsorenverträge aus. Sofern Unternehmensentscheide jedoch ausschliesslich aus sportlichen Gesichtspunkten gefällt werden und dabei bewusst gegen gewinnorientierte, marktwirtschaftliche Prinzipien gehandelt wird, liegt grundsätzlich eine Verletzung der aktiven Interessenwahrungspflicht vor.

Solche ausschliesslich sportlichen Ziele, die in der Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck grundsätzlich nicht mit dem Unternehmensinteresse kompatibel sind, werden in der vorliegenden Arbeit als *rein sportliche Ziele* bezeichnet. Ihre Verfolgung bedeutet eine *endzweckwidrige Geschäftsführung*.<sup>502</sup>

Haben es die Aktionäre versäumt, im Rahmen des dispositiven Rechts die Verfolgung von sportlichen Zielen in die rechtliche Ausgestaltung der Gesellschaft aufzunehmen, gilt die für die typische Aktiengesellschaft aufgestellte gesetzliche Ordnung.<sup>503</sup> Gleichwohl stellt sich die Frage, ob die Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck ausnahmsweise Raum bieten kann, um derartige *rein sportliche Ziele* zu verfolgen, ohne das Unternehmensinteresse zu verletzen. Nachfolgend werden mögliche Anknüpfungspunkte, die als Grundlage für das Abweichen vom Unternehmensinteresse in Frage kommen, geprüft.

## b) Verfolgung rein sportlicher Ziele als Spende bzw. Liberalität?

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass Spenden aus einer Aktiengesellschaft, auch wenn sie sich aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht rechtfertigen liessen, in gewissem Masse zulässig seien.<sup>504</sup> Für

<sup>499</sup> Siehe zur formalen Rechtsanwendung vorne N 12 ff. Die Sportaktiengesellschaft kann als Realtypus aufgefasst werden, ähnlich wie bspw. eine Familienaktiengesellschaft.

<sup>500</sup> Siehe vorne N 159 f.

<sup>501</sup> Es sei denn, der Klub hat unvorteilhafte Prämienvereinbarungen mit den Spielern getroffen, so dass die Prämien den Ertrag aus den zuschauerreichen Play-off-Spielen verbrauchen, falls die Mannschaft die nächste Runde erreichen sollte. In einem solchen Fall ist es aus unternehmerischer Sicht vorteilhafter, wenn die eigene Mannschaft die maximale Anzahl Heimspiele austrägt, die nächste Play-off-Runde aber nicht erreicht.

<sup>502</sup> Die endzweckwidrige Geschäftsführung ist nicht zu verwechseln mit der *faktischen Zweckänderung*. Siehe sogleich N 190 ff.

<sup>503</sup> Siehe vorne N 10.

<sup>504</sup> So HOMBURGER, Art. 717 N 966.

die Sportaktiengesellschaft könnte demnach danach gefragt werden, ob rein sportliche Ziele unter dem Titel Spende bzw. Liberalität verfolgt werden dürfen.

- 170 Der Begriff *Spende* wird meist mit dem Steuerrecht in Verbindung gebracht. Es geht dabei vor allem um die Frage, ob eine an eine gemeinnützige Institution erbrachte Leistung bei der Berechnung des Einkommens der spendenden Person abzugsberechtigt ist.<sup>505</sup> Im Zivilrecht kann unter Spende eine freiwillige Zuwendung verstanden werden, welche ohne Erwartung einer adäquaten Gegenleistung erbracht wird, jedoch mit der Absicht, dass sie für einen bestimmbaren Zweck eingesetzt wird.<sup>506</sup> Regelmässig dürften Spendenzuflüsse bzw. -vergaben als Vorgänge verstanden werden, die auf altruistischen Motiven beruhen, wie bspw. dem Wunsch, sich als «guter Bürger» zu erweisen.<sup>507</sup> Hierfür werden auch Begriffe wie *Mäzenatentum* oder *Gönnertum* verwendet.<sup>508</sup>
- 171 Statt von Spende kann auch von *Liberalität* gesprochen werden. Das Bundesgericht versteht darunter allgemein eine Leistung ohne Gegenleistung.<sup>509</sup> Eine Liberalität liegt dann vor, wenn eine Aktiengesellschaft «durch die Vornahme von Rechtshandlungen bewusst und ohne wirtschaftliche Notwendigkeit längerfristig auf Gewinn verzichtet oder eine geldwerte Leistung erbringt, die ihr Reinvermögen vermindert, ohne dass der Mittelabgang aus ihrer Sicht geschäftsmässig begründet wäre. Demzufolge liegt keine Liberalität vor, wenn mit der erbrachten Leistung bestimmte Interessen der Gesellschaft gefördert werden sollen oder die Leistung in Erwartung einer späteren Gegenleistung erfolgt.»<sup>510</sup>
- 172 Die Begriffe Spende im hier beschriebenen Sinne und Liberalität sind im vorliegenden Kontext demnach inhaltlich deckungsgleich. Entscheidend ist, ob die Zuwendung seitens der Gesellschaft freiwillig erfolgt und ihr keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.<sup>511</sup>
- 173 Die Spendentätigkeit bzw. die Gewährung einer Liberalität stehen in potentielltem Konflikt zum Gesellschaftsinteresse.<sup>512</sup> Eine Spende ist dann zulässig, wenn sie im langfristigen Interesse der Gesellschaft, also im Unternehmensinteresse liegt.<sup>513</sup> Aufgrund der aktiven Interessenwahrungspflicht muss der Verwaltungsrat sich bei jeder Spende fragen, ob sie in der langfristigen Kosten-Nutzen-Analyse einen positiven *Net Present Value* verspricht.<sup>514</sup> Ist kein genügender Nutzen ersichtlich, sind solche

---

<sup>505</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. i StHG (Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14) und Art. 33a DBG betreffend Abzugsfähigkeit von freiwilligen Leistungen an gemeinnützige Organisation vom Reineinkommen.

<sup>506</sup> WATTER/RHODE, S. 330 f.

<sup>507</sup> Vgl. HOMBURGER, Art. 717 N 966.

<sup>508</sup> WATTER/RHODE, S. 331. Vgl. demgegenüber HOMBURGER, Art. 717 N 975, wonach Mäzenatentum eine Erscheinung zwischen einer Vergabung und einem Sponsoring sei. Siehe zum Begriff Mäzenatentum vorne N 129 ff.

<sup>509</sup> BGE 102 II 313 E. 4b S. 325. Zum Begriff Liberalität im Allgemeinen SCHREIBER, S. 80 ff. Vgl. auch LASSERRE, S. 77 ff., der darunter aber auch Leistungen an die Aktionäre im Sinne einer genossenschaftlichen Aktiengesellschaft versteht.

<sup>510</sup> Urteil des Kassationsgerichts Zürich vom 20. August 1999, in: ZR 98/1999 S. 225 ff., 249.

<sup>511</sup> Vgl. WATTER/RHODE, S. 332.

<sup>512</sup> WATTER/RHODE, S. 345.

<sup>513</sup> WATTER/RHODE, S. 339.

<sup>514</sup> GERICKE/WALLER, S. 105; WATTER/SPILLMANN, S. 108, 112, 115.



Zuwendungen unzulässig (bzw. sind vom Verwaltungsrat grundsätzlich aus der eigenen Tasche zu begleichen).<sup>515</sup> Im Sinne dieses Prinzips muss auch die Höhe der Spende so bemessen sein, dass sie als angemessenes Mittel zur Förderung des Unternehmensinteresses angesehen werden kann.<sup>516</sup> Bei Spenden ist also nach dem Motto «Tue Gutes und sprich darüber» vorzugehen.<sup>517</sup> Die öffentlichkeitswirksame Kundgabe der Spendentätigkeit ist essentiell,<sup>518</sup> denn nur so lässt sich die Akzeptanz der Gesellschaft in der Öffentlichkeit steigern und der gewünschte Reputationsgewinn realisieren.<sup>519</sup>

Mittels Spenden bzw. Liberalitäten darf demnach nicht vom Unternehmensinteresse abgewichen werden, so dass sich auf diesem Weg auch keine Legitimation zur Verfolgung von rein sportlichen Zielen herleiten lässt.

174

### c) Verfolgung rein sportlicher Ziele als sittliche Pflicht?

Zu prüfen ist sodann, ob die Förderung rein sportlicher Ziele unter dem Titel «sittliche Pflicht» statthaft sein könnte. Das Gesetz nennt den Begriff in Art. 63 Abs. 2 und in Art. 243 Abs. 1 OR, ohne aber zu definieren, was darunter im Einzelnen zu verstehen ist. Gemäss Art. 63 Abs. 1 OR kann eine rechtsgrundlose oder irrtümliche Leistung zurückgefordert werden. Dies ist indessen nicht möglich, wenn die Leistung in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erfolgte (Art. 63 Abs. 2 OR). Die Erfüllung einer sittlichen Pflicht ist gemäss Art. 243 Abs. 1 OR auch keine Schenkung im Sinne von Art. 239 ff. OR. Aus beiden Bestimmungen ergibt sich demnach, dass gewisse sittliche Pflichten<sup>520</sup> bestehen und dass unter diesem Titel Leistungen erbracht werden können.<sup>521</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob in der Sportaktiengesellschaft rein sportliche Ziele im Sinne einer sittlichen Pflicht verfolgt werden können.

175

Im schon etwas älteren BGE 41 II 610 hat sich das Bundesgericht mit der Frage beschäftigt, ob eine Aktiengesellschaft, welche mittels eines Vergleichs auf eine Forderung gegenüber dem Gemeinwesen

176

<sup>515</sup> WATTER, S. 10; WATTER/RHODE, S. 341; WATTER/SPILLMANN, S. 112. Differenziert ZÖLCH, S. 102.

<sup>516</sup> Vgl. SCHREIBER, S. 30; WATTER/RHODE, S. 342.

<sup>517</sup> WATTER/SPILLMANN, S. 115.

<sup>518</sup> Siehe dazu BGE 115 Ib 111 E. 6 S. 118; Urteil des BGer vom 26.11.1993, in: ASA 64, (1995–1996), S. 224 ff. Erforderlich ist demnach ein Werbeeffect bzw. die Vermittlung eines positiven Bilds der Gesellschaft nach aussen.

<sup>519</sup> WATTER/RHODE, S. 339; WATTER/SPILLMANN, S. 115. Auch in anderen Aktiengesellschaften kann diese Betrachtungsweise zu Problemen führen, bspw. bei der Anwaltsaktiengesellschaft, welche als Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck grundsätzlich nur Dienstleistungen anbieten darf, die einen positiven *Net-Present-Value* aufweisen. Ein *Pro-bono*-Mandat bspw., welches von der Gesellschaft geführt wird, fällt demnach unter den Begriff Spende und verlangt unter dem Aspekt «Tue Gutes und sprich darüber» einen positiven *Net-Present-Value*. Dies könnte aber aufgrund des Werbeverbots nach Art. 12 lit. d BGFA, dem die Anwaltschaft unterliegt, in gewissem Umfang verunmöglicht sein. Der *pro-bono*-willige Anwalt müsste nach dieser Überlegung das *Pro-bono*-Mandat in eigenem Namen und nicht im Rahmen seiner Tätigkeit für die Anwaltsaktiengesellschaft führen.

<sup>520</sup> Zum Begriff «sittliche Pflicht» BGE 131 V 329 E. 4.2 S. 333.

<sup>521</sup> Nach BÜRGI, Art. 660, 661 N 24 kann die Generalversammlung auf die Ausschüttung einer Dividende verzichten, um Gratifikationen an Arbeitnehmer (inkl. Mitglieder der Verwaltung) und Pensionen an frühere Arbeitnehmer (inkl. Mitglieder der Verwaltung) in Wahrnehmung einer *sittlichen Verpflichtung* zu beschliessen.

verzichtet hatte, in Erfüllung einer sittlichen Pflicht gehandelt habe.<sup>522</sup> Es kam zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, und ging im Folgenden nicht weiter auf die Thematik der sittlichen Pflicht ein. Es hielt dann aber dennoch fest, dass eine unentgeltliche Zuwendung nur dann in Frage komme, wenn sie im Rahmen des Gesellschaftszwecks liege und bestimmte Interessen der Gesellschaft im Auge habe.<sup>523</sup> Diese Haltung deckt sich mit dem Begriff des Unternehmensinteresses.

- 177 Ob sich juristische Personen, namentlich die Aktiengesellschaften bzw. ihre Organe, auf eine sittliche Pflicht berufen können, ist ohnehin fraglich. Die Beantwortung der Frage erübrigt sich insofern, als dass, selbst wenn sie zu bejahen wäre, dies bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ohnehin nur im Rahmen des Unternehmensinteresses möglich wäre.

#### **d) Verfolgung rein sportlicher Ziele durch Genehmigung der Generalversammlung?**

- 178 In der Organisation der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung das oberste Organ, das nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR zwingend über die Verwendung des Bilanzgewinnes zu entscheiden hat. Der Gewinn, den eine Aktiengesellschaft erwirtschaftet, steht folglich zu ihrer Disposition. Daher wäre es denkbar, dass die Generalversammlung Mittelabflüsse, die der Verfolgung von rein sportlichen Zielen dienen, vor- oder nachgängig genehmigt. Im Schrifttum wird die nachträgliche Genehmigung von *zweckwidrigen* Handlungen unter der Voraussetzung von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR (Zweidrittelmehrheit sowie absolute Mehrheit der vertretenen Aktienwerte) vorwiegend als zulässig erachtet.<sup>524</sup> Im Zentrum der Diskussion steht hierbei indessen die *Vertretungsmacht* und nicht der Endzweck.<sup>525</sup>
- 179 Bei der Verfolgung von rein sportlichen Zielen geht es demgegenüber nicht um Akte ausserhalb des Gesellschaftszwecks im Sinne des Tätigkeitsfelds, sondern um einen Konflikt mit dem Endzweck. Konkret stellt sich die Frage, ob zwar *gesellschaftszweckkonforme*, aber *endzweckwidrige* Dispositionen durch die Generalversammlung genehmigt werden dürfen.<sup>526</sup>
- 180 Wenn eine Aktiengesellschaft ihren wirtschaftlichen Endzweck *auf Dauer* aufgibt, kann von einer Änderung des Gesellschaftszwecks im Sinne von Art. 626 Ziff. 2 und 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR, die mit Zweidrittelmehrheit beschlossen werden könnte, nicht mehr die Rede sein.<sup>527</sup> Vielmehr wird die Gesellschaft in ihren Grundstrukturen verändert, was einzig durch Einstimmigkeit geschehen kann<sup>528</sup> und zwingend

---

<sup>522</sup> BGE 41 II 610 E. 3 S. 618.

<sup>523</sup> BGE 41 II 610 E. 3 S. 619.

<sup>524</sup> Etwa BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 2. Siehe dazu JURI, S. 479 mit einer ausführlicheren Aufstellung der Positionen im Schrifttum.

<sup>525</sup> Siehe zur Vertretungsmacht vorne N 32 ff.

<sup>526</sup> Eine solche Disposition kann in der Sportaktiengesellschaft auf zwei Arten vorkommen. Der Mitteleinsatz kann nach aussen, das heisst an einen Dritten (bspw. an eine regionale Nachwuchsorganisation) oder nach innen, zur direkten Verfolgung von rein sportlichen Zielen, erfolgen. In beiden Fällen liegt ein Konflikt mit dem wirtschaftlichen Endzweck vor. Siehe zur direkten und indirekten Förderzweckverfolgung hinten N 446 ff.

<sup>527</sup> BÜRGI, Art. 660, 661 N 16; VON PLANTA, Haftung, S. 22.

<sup>528</sup> BÜRGI, Art. 660, 661 N 16. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 405.

eine Statutenänderung erfordert.<sup>529</sup> Nur so kann die Gesellschaft in derart tiefgreifender Weise auf den wirtschaftlichen Endzweck verzichten. Auch auf die Gewinnstrebigkeit kann sie nach Art. 704 Abs. 2 Ziff. 4 OR nur bei Zustimmung sämtlicher Aktionäre verzichten.

Aber selbst dann, wenn es nur um den Verzicht auf das Recht auf Beteiligung am Bilanzgewinn für ein einzelnes Geschäftsjahr geht, ist Einstimmigkeit zu fordern.<sup>530</sup> Zwar handelt es sich bei Art. 660 Abs. 1 OR um ein «verzichtbares» Recht, doch wird davon ausgegangen, dass bei einem Verzicht die freien Mittel deshalb nicht ausgeschüttet werden, weil sie der Gesellschaft für weitere Geschäfte – die der Verfolgung des wirtschaftlichen Endzwecks verschrieben sind – dienen sollen. Das Recht auf Anteil am Bilanzgewinn ist nämlich «unentziehbar», wenn es darum geht, dass bereits erwirtschafteter Gewinn unwiderruflich einem nichtwirtschaftlichen Ziel gewidmet werden soll. Dasselbe muss für realisierbaren Gewinn gelten, wenn also bewusst auf Erzielung von Gewinn verzichtet wird.<sup>531</sup>

Beim Verzicht auf Ausschüttung einer Dividende verbleibt das erwirtschaftete, ausschüttbare Kapital in der Gesellschaft. Der Vermögensstand des Aktionärs ist deshalb bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht von der Ausschüttung einer Dividende abhängig, denn der Wert seiner Beteiligung nimmt mit der Dividendenausschüttung um denselben Umfang ab, wie sein flüssiges Vermögen zunimmt. Bei einem Verzicht auf *Gewinnerzielung* wird hingegen der Vermögensstand des Aktionärs tangiert, indem durch die unternehmerische Tätigkeit der Gesellschaft auf seiner Beteiligung keine Wertsteigerung resultieren wird.<sup>532</sup>

Rein sportliche Ziele können demnach nur mit Zustimmung aller Aktionäre durch einen Generalversammlungsbeschluss genehmigt werden, was im Ergebnis einer Endzweckänderung von einem wirtschaftlichen hin zu einem nichtwirtschaftlichen Endzweck entspricht. Die Genehmigung der Generalversammlung als Rechtfertigung zur Verfolgung von sportlichen Zielen stellt demnach ebenfalls keinen brauchbaren Ansatzpunkt dar, da sie nur durch Endzweckänderung zu vollziehen wäre.

### e) Verfolgung rein sportlicher Ziele durch Kompetenzdelegation?

Da die Generalversammlung über die Gewinnverwendung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) und über Angelegenheiten, die ihr nach Gesetz oder Statuten übertragen wurden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR), entscheidet, wäre es denkbar, die Beschlusskompetenz in Bezug auf rein sportliche Ziele generell an die Generalversammlung zu delegieren.

<sup>529</sup> BÜRGI, Art. 660, 661 N 16.

<sup>530</sup> Dasselbe muss auch für die Genehmigung einzelner endzweckwidriger Akte gelten. Eine solche Genehmigung erstreckt sich eben nicht bzw. nicht nur auf die Vertretungsmacht, die nachträglich konstruiert werden soll, sondern tangiert das Vermögensrecht eines jeden Aktionärs. Vgl. dazu JURI, S. 482, der zu kurz greift, wenn er sich auf den Aspekt der gesellschaftszweckkonformen Geschäftsführung beschränkt.

<sup>531</sup> Siehe zur indirekten Förderzweckverfolgung hinten N 446 ff.

<sup>532</sup> Denkbar ist immerhin eine Wertsteigerung des Aktientitels, der nicht mit dem unternehmerischen Erfolg der Gesellschaft zusammenhängt, wie bspw. das Prestige, Eigner eines Sportklubs zu sein.

- 185 Eine solche «Delegation nach oben» widerspricht aber nicht nur dem Paritätsprinzip, sondern ist auch im Lichte der aktienrechtlichen Haftungsordnung nicht möglich.<sup>533</sup> Denn die Entscheidung über Akte der Geschäftsführung, wie Organisation, Investitionen und Vertragsabschlüsse, obliegt dem Verwaltungsrat und nicht der Generalversammlung.<sup>534</sup> Das Gesetz weist in Art. 716a Abs. 1 OR ausdrücklich auf die «Unübertragbarkeit» und «Unentziehbarkeit» der Kernaufgaben hin. Auf die grundsätzlich an keine Pflichten gebundenen Aktionäre<sup>535</sup> kann keine Verantwortung abgeschoben werden, so dass auch für deren Entscheidungen nach wie vor nur der Verwaltungsrat verantwortlich wäre.<sup>536</sup> Es bleibt lediglich die Möglichkeit, die Generalversammlung konsultativ über einen Gegenstand abstimmen zu lassen, wobei das Ergebnis für den Verwaltungsrat nicht bindend ist.<sup>537</sup>
- 186 Die Generalversammlung kann Entscheide mit Geschäftsführungscharakter lediglich direkt durch eine enge Formulierung des Gesellschaftszwecks sowie indirekt durch das Wahl- und Abwahlrecht bei der Bestellung des Verwaltungsrats beeinflussen.<sup>538</sup> Die Kompetenzdelegation an die Generalversammlung kann somit zur Entschärfung des Problems der Verfolgung von rein sportlichen Zielen nichts beitragen.

#### **f) Verfolgung rein sportlicher Ziele durch Entlastungsbeschluss?**

- 187 Wenn Organe von Sportaktiengesellschaften sportliche statt wirtschaftliche Ziele verfolgen und diese Praxis von Aktionären gewollt oder zumindest toleriert wird, könnte eine Décharge-Erteilung im Sinne von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR durch die Generalversammlung die Verfolgung von rein sportlichen Zielen (zumindest nachträglich) legitimieren.
- 188 Der Entlastungsbeschluss hat zur Folge, dass die Klagerechte der Gesellschaft und der zustimmenden Aktionäre in Bezug auf die der Generalversammlung bekannt gegebenen Tatsachen untergehen.<sup>539</sup> Demgegenüber hat ein Entlastungsbeschluss keine Rechtswirkung für Forderungen von Gläubigern der Gesellschaft und von Aktionären, die der Entlastung nicht zugestimmt haben.
- 189 In den in der Praxis zahlreichen Fällen, in denen der Mäzen Haupt- oder Alleinaktionär ist und den Betrieb der Sportaktiengesellschaft durch Beiträge sicherstellt, dürfte der Klageausschluss aufgrund einer erteilten Entlastung eine gewichtige Rolle spielen.<sup>540</sup> In der Generalversammlung wird nämlich der Mäzen den Verwaltungsrat regelmässig entlasten. Auch der Verwaltungsrat, der gestützt auf die

---

<sup>533</sup> FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung, S. 171.

<sup>534</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 454.

<sup>535</sup> Die einzige Pflicht der Aktionäre besteht in der Bezahlung der gezeichneten Aktien (Art. 680 Abs. 1 OR).

<sup>536</sup> FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung, S. 172; A.M. BERTSCHINGER, 309 ff., insbesondere S. 329.

<sup>537</sup> Zur sog. Konsultativabstimmung etwa FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 69 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 455a ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 177 ff.

<sup>538</sup> FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung, S. 177.

<sup>539</sup> Urteil des BGer 4A\_259/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.3 m.w.H. Siehe in der Literatur etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 579.

<sup>540</sup> Die Finanzierung geschieht häufig durch Darlehen, die in die Sportaktiengesellschaft fliessen und danach mit Verlusten verrechnet werden, Gleichzeitig ist der Mäzen – aufgrund der wiederkehrenden Gewährung von Darlehen – häufig der grösste Gesellschaftsgläubiger.

Weisung des Mäzens handelt, ist diesem gegenüber vor einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage geschützt. Gegenüber allen anderen Aktionären sowie den privaten und öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsgläubigern verfügt er indessen über keine gesellschaftsrechtliche Rechtfertigung, die ihn zur Verfolgung von rein sportlichen Zielen legitimieren würde. Die Entlastung durch die Generalversammlung kann den Verwaltungsrat demnach nicht generell zur Verfolgung rein sportlicher Ziele legitimieren, sie kann aber im Einzelfall zum Ausschluss der Haftung gegenüber zustimmenden Aktionären führen.

### g) Verfolgung rein sportlicher Ziele als faktische Zweckänderung?

Die Verfolgung rein sportlicher Ziele ist weiter unter dem Aspekt der sog. *faktischen Zweckänderung* zu prüfen. In der Lehre wird die faktische bzw. stille Zweckänderung unter dem Gesellschaftszweck im Sinne des Tätigkeitsfeldes behandelt.<sup>541</sup> Bei der faktischen Zweckänderung werden die Tätigkeiten der Gesellschaft dauernd in eine Weise abgeändert oder erweitert, die nicht mehr mit dem statutarischen Gesellschaftszweck übereinstimmt.<sup>542</sup> Diese Situation dürfte in der Praxis häufig gegeben sein. Dabei wird die in Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR für die gewöhnliche Zweckänderung geforderte Zweidrittelmehrheit umgangen.<sup>543</sup> Solches Gebaren ist namentlich gemäss BÖCKLI abzulehnen.<sup>544</sup>

190

Die faktische Zweckänderung ist zunächst in Bezug auf *gesellschaftszweckwidrige*, aber *endzweckkonforme* Akte zurückzuweisen. Dies ist bspw. der Fall, wenn die Gesellschaft, die statutarisch den Handel mit Waren zum Inhalt hat, plötzlich Dienstleistungen anbietet. Obschon auch durch die faktische Tätigkeit der wirtschaftliche Endzweck bedient werden soll, entsteht eine gesellschaftszweckwidrige Praxis. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich insbesondere aus der Publizitätswirkung des statutarischen Zwecks gemäss dem Eintrag im Handelsregister.<sup>545</sup> Dritte können dem Eintrag zweckbedingte Risiken entnehmen und als Entscheidungsgrundlage dafür verwenden, ob sie mit der betreffenden Gesellschaft einen Vertrag eingehen wollen.<sup>546</sup> Zudem wäre bei einer Erweiterung der Geschäftstätigkeit auf statutarisch nicht gedeckte Tätigkeitsfelder bei einer ganzen Reihe von Rechtsgeschäften die Vertretungsmacht<sup>547</sup> fraglich, was verheerende Folgen für die Rechtssicherheit mit sich bringen würde.<sup>548 549</sup>

191

<sup>541</sup> Etwa FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 63; FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung, S. 176; LAZOPOULOS, S. 49, m.w.H.

<sup>542</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 478.

<sup>543</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 479.

<sup>544</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 478 ff.; a.M. HANDSCHIN, Konzern, S. 103, wonach im Konzernverhältnis eine faktische Zweckänderung zulässig ist, wenn nur ein einziger Aktionär (Alleinaktionär) vorhanden ist, und nur gegenüber Geschäftspartnern, die von der faktischen Zweckänderung Kenntnis hatten (öffentliche Konzernierung) sowie nur, wenn die Zweckänderung an sich, als gesetzeskonforme Änderung, zulässig gewesen wäre. Vgl. auch VON BÜREN, S. 87 f.

<sup>545</sup> Vgl. FORSTMOSER, Organisation, § 14 N 45.

<sup>546</sup> HANDSCHIN, Konzern, S. 101.

<sup>547</sup> Siehe zur Vertretungsmacht vorne N 32 ff.

<sup>548</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 480, der diesen Zustand als *unhaltbare Rechtsverwilderung* bezeichnet.

<sup>549</sup> Dazu BGE 115 II 401 E. 1b S. 404 f., wonach der statutarische Zweck anders auszulegen ist, wenn es um die Widerrechtlichkeit einer juristischen Person i.S.v. Art. 57 Abs. 3 ZGB geht. Bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit ist nicht der statutarische Zweck entscheidend, sondern vielmehr die tatsächlich verfolgten Ziele.

- 192 Die Zulässigkeit der faktischen Zweckänderung ist sodann auch im Hinblick auf den Endzweck abzulehnen. Unzulässig sind demnach auch *gesellschaftszweckkonforme*, jedoch *endzweckwidrige* Akte. Statt von faktischer Zweckänderung wäre es in diesem Zusammenhang präziser, von einer *faktischen Endzweckänderung* zu sprechen. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn eine wirtschaftliche Sportaktiengesellschaft sportlichen Erfolg statt mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile für die Aktionäre anstrebt. Eine Endzweckänderung ist nämlich nur dann möglich, wenn sie in einem formell korrekten Beschluss der Generalversammlung in Verbindung mit einer Statutenänderung erfolgt.<sup>550 551</sup>
- 193 Die faktische bzw. stille Änderung ist demnach sowohl für den Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld als auch für den Endzweck abzulehnen, womit auch klar ist, dass sie nicht als Grundlage zur Verfolgung rein sportlicher Ziele herhalten kann.

#### **h) Verfolgung rein sportlicher Ziele durch Aktionärsbindung?**

- 194 Ein Aktionärsbindungsvertrag ist «ein Vertrag über die Ausübung von Rechten und Pflichten, die in Zusammenhang stehen mit der aktuellen oder künftigen Aktionärsstellung einer oder mehrerer der Vertragsparteien bei einer oder mehreren bestimmten Aktiengesellschaften».<sup>552</sup> Er kann insbesondere dazu verwendet werden, die aktienrechtliche Ordnung zu ergänzen, um das Stimmverhalten der Aktionäre zu koordinieren, Treue- und Leistungspflichten zu begründen oder Finanzierungen und Investitionen zu vereinbaren.<sup>553</sup> Der Aktionärsbindungsvertrag wurde vom Gesetzgeber nicht speziell geregelt.<sup>554</sup> Wie einzelne Vertragsbestandteile rechtlich zu qualifizieren sind, kann nicht in allgemeiner Weise formuliert werden, sondern ist anhand des konkreten Einzelfalls zu beurteilen.<sup>555</sup>
- 195 Inhaltlich besteht in den Schranken des Gesetzes Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR). Nichtig ist demgegenüber ein Vertrag mit einem unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt (Art. 20 Abs. 1 OR). Die Widerrechtlichkeit und die Unmöglichkeit können den Vertragsgegenstand, den Vertragsabschluss oder den Vertragszweck betreffen.<sup>556</sup> Widerrechtlichkeit im Speziellen ist nicht nur anzunehmen, wenn eine Vereinbarung unmittelbar einer anwendbaren Bestimmung widerspricht, sondern auch dann, wenn eine zwingende Norm umgangen wird.<sup>557</sup> Fraglich ist vorliegend, ob auf dem Wege der vertraglichen Aktionärsbindung der wirtschaftliche Endzweck ausgeschlossen werden kann, so dass der Verfolgung von rein sportlichen Zielen nichts mehr entgegensteht.

---

<sup>550</sup> Für das Aktienrecht kann in diesem Sinne das Sprichwort «Taten sagen mehr als Worte» nicht gelten.

<sup>551</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 77 mit dem Hinweis, dass es auch bei der Ein-Mann-Aktiengesellschaft für die Entnahme von Gesellschaftsmitteln zwingend einen gültigen Generalversammlungsbeschluss braucht. Siehe zur Theorie der formalen Rechtsanwendung vorne N 12 ff.

<sup>552</sup> Statt aller FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 1 N 3 m.w.H.

<sup>553</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 1 N 35 m.H. auf weitere Funktionen.

<sup>554</sup> Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 2 N 76 ff. m.H. auf diverse Revisionsvorschläge zur Regelung des Aktionärsbindungsvertrags. Siehe dazu auch BÖCKLI, Aktionärsbindungsverträge, S. 477 ff.

<sup>555</sup> BGE 116 II 707 E. 2b S. 710.

<sup>556</sup> BGE 134 III 438 E. 2.2 S. 442. Vgl. dazu FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 5 N 262.

<sup>557</sup> BGE 125 III 257 E. 3 S. 261 f. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 5 N 262. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 582.

Das Recht auf Dividende und das Recht auf Gewinnstrebigkeit werden vom Aktienrecht grundlegend geschützt. Ein Verzicht ist nur mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre möglich.<sup>558</sup> Abmachungen betreffend *Dividendenpolitik* sind nur zulässig, soweit sie sich auf die *Dividendenausschüttung* beziehen.<sup>559</sup> Führt eine Vereinbarung zwischen einem Teil der Aktionäre zur faktischen Aufgabe der Gewinnstrebigkeit, liegt darin eine unzulässige Umgehung der zwingenden Bestimmung von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR.<sup>560</sup> Die Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft kann nur durch Statutenänderung aufgehoben werden.<sup>561</sup> Statutenwidrige Vereinbarungen sind ungültig, da sich die Verbindlichkeit statutarischer Bestimmungen auf das Gesetz stützt.<sup>562</sup>

196

Wollen die Aktionäre keine vermögensrechtlichen Vorteile, sondern stattdessen einzig sportliche Ziele erreichen, müssen sie den Weg einer formellen Statutenänderung beschreiten. Nur so können sie auf die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats und die damit verbundene Oberleitung der Gesellschaft Einfluss nehmen. Im Gegensatz zu den Aktionären ist der Verwaltungsrat nämlich verpflichtet, die Interessen *der Gesellschaft* zu wahren.<sup>563</sup> Die Aktiengesellschaft ist demnach nicht an Vereinbarungen *der Aktionäre* gebunden.<sup>564</sup> Eine Vereinbarung in einem Aktionärsbindungsvertrag genügt nach der hier vertretenen Auffassung auch dann nicht, wenn alle Gesellschafter zugestimmt haben.

197

Auch durch Einflussnahme auf die Geschäftsführung lässt sich die Verfolgung von sportlichen Zielen nicht rechtsgültig durchsetzen. Zwar kann durch Abschliessen eines Aktionärsbindungsvertrags versucht werden, auf die konkrete Geschäftsführung des Verwaltungsrates Einfluss zu nehmen;<sup>565</sup> wird dabei aber der Kompetenzbereich der Generalversammlung ausgeweitet, so dass in die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates eingegriffen wird, liegt darin ein Verstoss gegen die zwingende Bestimmung von Art. 716a OR und somit rechtliche Unmöglichkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR.<sup>566</sup> Handelt ein Verwaltungsrat aufgrund der Kenntnis einer vertraglichen Aktionärsbindung dem Gesellschaftsinteresse zuwider, setzt er sich zudem der Haftung gemäss Art. 754 OR aus.<sup>567</sup> Dasselbe gilt im Übrigen auch für den fiduziarischen Verwaltungsrat, der die Weisungen des Alleinaktionärs (bei Sportaktiengesellschaft oftmals der Mäzen selbst) und Treugebers befolgt. Immerhin kann sich der Verwaltungsrat gegenüber

198

<sup>558</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. OR. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 5 N 278 ff. Siehe dazu vorne N 25.

<sup>559</sup> Es geht dabei um die Frage des *Zeitpunkts* der Ausschüttung. Eine andere Frage ist, ob realisierte, ausschüttbare Gewinne zugunsten Dritter oder für ideelle Ziele ausgegeben werden sollen bzw. ob potentiell realisierbare Gewinne zulasten der Gesellschaft und zugunsten von nichtwirtschaftlichen Motiven unterbleiben sollen.

<sup>560</sup> HGer ZH vom 24. Oktober 1974 (SAG 1975, 108 f.).

<sup>561</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 30 N 1381.

<sup>562</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 5 N 293 ff. Denkbar wäre immerhin, eine solche Abmachung auf dem Weg der Vertragsauslegung oder der Konversion umzuwandeln in eine Pflicht, in der Generalversammlung eine entsprechende Statutenbestimmung zu beschliessen.

<sup>563</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 8 N 381 f. m.w.H.

<sup>564</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 578 ff.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 982 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 3 N 116.

<sup>565</sup> FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 96 ff.

<sup>566</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 5 N 282 f. Vgl. auch BÖCKLI, Aktionärsbindungsverträge, S. 480 ff. Siehe dazu vorne N 187 f.

<sup>567</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 5 N 287.

dem weisungserteilenden klagenden Aktionär auf den Grundsatz *volenti non fit iniuria*<sup>568</sup> berufen, was diesem gegenüber zu einem Haftungsausschluss führt.<sup>569</sup>

- 199 Zusammenfassend kann auch ein Aktionärsbindungsvertrag aus aktienrechtlicher Sicht keine Legitimation zur Verfolgung von rein sportlichen Zielen durch den Verwaltungsrat bieten.

### **i) Verfolgung rein sportlicher Ziele durch gesellschaftsinterne Observanz?**

- 200 Analog zum staatlichen Gewohnheitsrecht ist die Begründung einer aktienrechtlichen, internen *Observanz* denkbar. Bei lang andauernder, unangefochtener und ununterbrochener Übung kann sich eine rechtlich verbindliche Ordnung ergeben. In vielen Sportklubs dürfte in Bezug auf den Endzweck durchaus eine lang andauernde, unangefochtene und ununterbrochene Übung vorherrschen, den sportlichen Erfolg zu maximieren, ohne einen betrieblichen Überschuss oder eine Steigerung des Unternehmenswerts anzustreben. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob Observanz eine Rechtfertigung für die Verfolgung von rein sportlichen Zielen sein kann.
- 201 Observanz vermag grundsätzlich dispositive Regelungen zu verdrängen, nicht jedoch zwingendes Recht. Wie es sich verhält, wenn Observanz statutarischen Bestimmungen zuwiderläuft, ist umstritten.<sup>570</sup> Der Endzweck ist für die Bestimmung des Gesellschaftsinteresses und des Inhalts der aktiven Interessenwahrungspflicht von zentraler Bedeutung.<sup>571</sup> Letztere ist Bestandteil der Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR und kann als zwingendes Recht<sup>572</sup> nicht von Observanz derogiert werden. Auch das Bundesgericht vertritt die Ansicht, dass ein innerer Wille, der nicht in einem formellen Generalversammlungsbeschluss seinen Ausdruck gefunden hat, keine bestehende Statutenbestimmung ausser Kraft setzen kann.<sup>573</sup> Demnach sei eine Statutenänderung erforderlich, die nur durch einen öffentlich beurkundeten Generalversammlungsbeschluss realisiert werden könne. Schliesslich ist die Derogation der Statuten durch Observanz auch aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit<sup>574</sup> und aufgrund der Theorie der formalen Rechtsanwendung<sup>575</sup> abzulehnen. Haben es die Gesellschafter versäumt, im Rahmen der dispositiven Gestaltungsmöglichkeiten die Statuten nach ihren Vorstellungen zu formen, gilt die für die typische Aktiengesellschaft vorgesehene gesetzliche Ordnung. Wurde der nichtwirtschaftliche Endzweck nicht in die Statuten aufgenommen, ist vom typischen wirtschaftlichen Endzweck auszugehen. Darauf muss sich jedermann verlassen können.

---

<sup>568</sup> Lateinisch für «Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht».

<sup>569</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, § 5 N 283.

<sup>570</sup> Zum Ganzen FORSTMOSER, Organisation, § 14 N 46 ff.; RUSCH, Observanz, S. 1 ff. m.w.H.

<sup>571</sup> Siehe dazu vorne N 77 ff.

<sup>572</sup> GERMANN, S. 1004 f. m.w.H.; FISCHER D., S. 937. Siehe zur Rechtsnatur der Treuepflicht vorne N 65.

<sup>573</sup> Nicht publizierte E. 3 von BGE 131 III 38 ff. Vgl. dazu FORSTMOSER, Organisation, § 14 N 48, FN 68.

<sup>574</sup> Vgl. RUSCH, Observanz, N 43.

<sup>575</sup> Siehe zur Theorie der formalen Rechtsanwendung vorne N 12 ff.



**j) Zwischenergebnis**

Sportliche Ziele können in der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck nur dann verfolgt werden, wenn sie im Unternehmensinteresse liegen. Unter dem Titel Spende, sittliche Pflicht, Genehmigung der Generalversammlung, Kompetenzdelegation an die Generalversammlung und faktische bzw. stille Zweckänderung wird dem Verwaltungsrat kein grösserer Spielraum eröffnet. Ebenso wenig schafft eine Aktionärsbindung oder eine gesellschaftsinterne Observanz Abhilfe.

202

**2. Verfolgung rein sportlicher Ziele kraft Verbandsrecht**

Die Sportaktiengesellschaften sind nicht nur Gesetz und Statuten unterworfen, sondern werden zusätzlich in tiefgreifender Weise vom Verbandsrecht reguliert. Sie agieren in einem von einer Dachorganisation reglementierten Bereich und sind sowohl rechtlich (als Vereinsmitglied) als auch faktisch (aufgrund drohender existenzgefährdenden Sanktionen) verpflichtet, das Verbandsrecht zu respektieren.<sup>576</sup> Solche Pflichten können spezifisch festgeschrieben sein wie bspw. die Pflicht zur Erfüllung gewisser finanzieller Anforderungen.<sup>577</sup> Daneben können auch die allgemeine vereinsrechtliche Treuepflicht sowie programmatische Ziele des Verbands eine Rolle spielen.<sup>578</sup> Verbandsrechtlich gebotenes Verhalten kann eine weitreichende Wirkung auf das Gesellschaftsinteresse und die Pflichten des Verwaltungsrats ausüben.<sup>579</sup>

203

**3. Verfolgung wettkampfbezogener sportlicher Ziele in der Praxis**

Die Verfolgung von sportlichen Zielen ist überall dort unproblematisch, wo sie das Unternehmensinteresse begünstigt. In manchen Konstellationen ist indessen sportlicher Erfolg nicht mit wirtschaftlichem gleichzusetzen. Nachfolgend werden konkrete Situationen näher betrachtet, bei denen sich ein Spannungsverhältnis zwischen sportlichen Ambitionen, verbandsrechtlichen Pflichten und profitorientiertem unternehmerischem Handeln manifestiert.

204

**a) Play-off-Gegner wählen**

In den Play-offs des schweizerischen Eishockeys treffen jeweils der Erstplatzierte auf den Achten, der Zweite auf den Siebten etc. Der Gegner wird also anhand des sportlichen Resultats während der Qualifikation bestimmt. Wirtschaftlich betrachtet könnte eine Paarung mit einem anderen Gegner interessanter sein, denn wenn sich bspw. die ZSC Lions und der EHC Kloten im «Zürcher Derby» gegenüberstehen, wären höhere Zuschauerzahlen zu erwarten. Es kann aber auch sein, dass sich ein gut klassierter Klub eine bestimmte Mannschaft aus der unteren Tabellenhälfte als Play-off-Gegner wünscht, weil er sich dadurch die besseren Chancen auf das Erreichen der nächsten Runde verspricht. Sind nur noch

205

<sup>576</sup> Siehe dazu ausführlich hinten N 811 ff.

<sup>577</sup> Siehe hinten N 814.

<sup>578</sup> Siehe hinten N 813.

<sup>579</sup> Siehe hinten N 846 ff.

wenige Spiele in der Qualifikation zu spielen und zeichnet sich eine solche Konstellation ab, kann es im wirtschaftlichen Interesse des Unternehmens sein, bestimmte Spiele absichtlich zu verlieren. Immer wieder zu Diskussionen führt auch die Situation, in der eine favorisierte, bereits qualifizierte Mannschaft in den letzten Qualifikationsspielen «auffällig» viele Leistungsträger schont. In einer solchen «Turniersituation» absichtlich zu verlieren, um dadurch die eigenen Chancen auf den Meistertitel zu erhöhen, kann aus Sicht der Sportaktiengesellschaft im Unternehmensinteresse liegen. Allerdings widerspricht ein solches Verhalten, wie sogleich auszuführen sein wird, dem *Fair-Play-Gedanken*.<sup>580</sup>

- 206 Der *Fair-Play-Grundsatz*, auch *Fairness-Grundsatz* genannt, ist ein – wenn nicht *der* – Leitgedanke des sportlichen Wettkampfs. Es geht dabei weniger um eine rechtliche Verpflichtung als um ethische Prinzipien, zu deren Einhaltung sich der Sportler verpflichtet. Im Vordergrund stehen die Chancengleichheit aller Wettbewerbsteilnehmer sowie die Achtung der Persönlichkeit und der Menschenwürde. Sportlicher Erfolg soll nicht um jeden Preis erreicht werden. Alle Teilnehmer sollen sich an die Spielregeln halten und ein anständiges, gerechtes Spiel führen.<sup>581</sup> Der Fair-Play-Gedanke scheint im Sport gewissermassen universelle Geltung zu haben und ist auch in den Statuten oder Reglementen der wichtigsten Verbände ausdrücklich erwähnt.<sup>582</sup> Auch bei den schweizerischen Dachverbänden, die für die vorliegende Arbeit von Bedeutung sind, wird der Fair-Play-Grundsatz aufgegriffen. Der SFV setzt sich gemäss Art. 3 Ziff. 3 seiner Statuten für einen fairen Sport ein und lebt Fair Play vor. Ebenso verpflichtet das Rechtspflegereglement der SIHF zu Fairness und sieht die Möglichkeit vor, Verfehlungen zu sanktionieren.<sup>583</sup>
- 207 Absichtliches Verlieren ist mit dem Fair-Play-Grundsatz nicht vereinbar. Die Chancengleichheit wäre nicht mehr gewährleistet; wirtschaftliches Kalkül würde den sportlichen Wettkampf seines grundlegenden Wesensmerkmals, der Ungewissheit über den Ausgang, berauben.<sup>584</sup> Aus diesen Gründen ist die sportliche Einflussnahme auf den Play-off-Gegner als unzulässig zu qualifizieren.

### **b) Einnahmen durch Play-out/frühzeitige Qualifikation für die nächste Runde**

- 208 Wiederum im Eishockey spielen in der National League die vier letzten Mannschaften der Qualifikation sog. Play-outs. Dabei stehen sich je zwei Teams in einer ersten Play-out-Serie gegenüber. Die Mannschaft, die zuerst vier Siege einfahren kann, scheidet aus dem Abstiegskampf aus. Die beiden Verlierer

---

<sup>580</sup> STANCESCU, S. 252 ff.

<sup>581</sup> Zum Ganzen SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 129 f. Vgl. auch STANCESCU, S. 252 f.

<sup>582</sup> Olympic Charter (2 August 2015), Fundamental Principles of Olympism, S. 13, 18, abrufbar unter <<https://www.olympic.org> => About => Olympic Charter> (Stand 28. Februar 2018); IIHF Code of Conduct, Rule 3, 3.2.1, abrufbar unter <<http://www.iihf.com> => the IIHF => Statutes and Bylaws> (Stand 28. Februar 2018).

<sup>583</sup> Art. 81 Rechtspflegereglement SIHF, abrufbar unter <<https://www.sihf.ch> => National League => Reglemente> (Stand 28. Februar 2018).

<sup>584</sup> Schwieriger ist die Frage, ob es statthaft ist, einzelne Spiele absichtlich zu verlieren, um die Chance auf sportlichen Erfolg zu maximieren. Die Antwort hierauf ist nicht so eindeutig, wie zunächst vermutet werden könnte. So kommt es immer wieder vor, dass in Turnieren Teilnehmer in Vorrunden absichtlich Spiele verlieren, weil sie sich im folgenden Turnierverlauf bessere Chancen auf ein Weiterkommen versprechen. Siehe dazu STANCESCU, S. 252 ff.

spielen sodann den sog. «Play-out-Final». Der Verlierer dieses Duells spielt schliesslich in einer letzten Serie siebenmal gegen den Gewinner der Swiss League um den letzten Platz in der National League in der kommenden Spielzeit. Play-out-Serien haben somit die Eigenheit, dass bei Verlieren eines Spiels weitere vermarktungsfähige Wettkämpfe erforderlich werden.

Es kann also durchaus ein wirtschaftliches Interesse bestehen, die maximale Länge von sieben Spielen zu durchlaufen und so zusätzliche Einnahmen zu generieren. Da absichtliches Verlieren jedoch im organisierten Mannschaftssport nicht zulässig ist,<sup>585</sup> wäre auch eine solcherart herbeigeführte Maximierung der Anzahl Spiele in einer Play-out-Runde mit dem Fair-Play-Grundsatz nicht kompatibel.<sup>586</sup>

Dieselbe Überlegung kann auch in Play-off-Serien zum Tragen kommen. Eine Play-off-Serie mit vier zu null Siegen zu gewinnen, bedeutet sportlich das Optimum, doch haben bei diesem Szenario beide Teams nur je zwei Heimspiele bestreiten können. Wirtschaftlich gesehen kann folglich ein Interesse daran bestehen, über die maximale Anzahl Heimspiele zu gehen und so von zusätzlichen Einnahmen aus Heimspielen zu profitieren.<sup>587</sup> Auch solcherart wirtschaftlich motiviertes Kalkül ist unzulässig.

### c) Interesse an der Krise und Desinteresse an der Dominanz

Dass sportlicher Erfolg zu einem grösseren Zuschauerinteresse führt, muss nicht immer der Fall sein. Der erfolgsverwöhnte Klub, der in die Krise schlittert, kann für die Zuschauer interessanter sein als ein Klub, der die in ihn gesetzten Erwartungen erfüllt, aber nicht um den Titel mitspielt. Gerade im Fussball, wo es keine Play-offs gibt, kann das vorzeitige Gewinnen der Meisterschaft bzw. ein grosser Vorsprung auf die Verfolger zu sinkendem Zuschauerinteresse führen, wohingegen ein Zwei- oder Dreikampf bis in die letzte Runde das Interesse anheizt und deshalb wirtschaftlich lukrativer sein dürfte. Auch am Tabellenende können sportlicher und wirtschaftlicher Erfolgsgegensatz gegenseitig konkurrenzieren, indem die Verstrickung einer Mannschaft in einen Abstiegskampf weitaus spannender sein kann als eine Positionierung im Tabellenmittelfeld. Die Mannschaft bewusst von einer komfortablen Situation in der Tabelle in eine sportlich schlechtere, aber umso spannendere zu führen, bedingt – abgesehen von der langfristigen Kaderplanung – den absichtlichen Verlust von Tabellenpunkten und steht in klarem Widerspruch zum Fair-Play-Grundsatz. Eine spannendere und gleichzeitig wirtschaftlich aussichtsreichere Situation darf demnach nicht durch Einflussnahme auf den sportlichen Wettkampf herbeigeführt werden.

### d) Abstieg

Der Abstieg in eine sportlich tiefere Liga kann freiwillig oder unfreiwillig zustande kommen. Freiwillig erfolgt der Abstieg, wenn der Verwaltungsrat der Sportaktiengesellschaft beschliesst, in der nächsten Saison in der tieferen Spielklasse zu starten. Unfreiwillige Abstiege sind in der Regel das Resultat

---

<sup>585</sup> Siehe soeben N 205 f.

<sup>586</sup> Ebenso unzulässig wäre es für eine Mannschaft im Abstiegskampf, absichtlich den «Play-out-Final» anzustreben, um so zu mehr Heimspielen zu kommen.

<sup>587</sup> Die Anzahl Play-off-Heimspiele kann für einen Klub von existenzieller wirtschaftlicher Bedeutung sein.

sportlicher Relegation. Sie können aber auch als disziplinarische Massnahmen des Verbandsgerichts verhängt werden.

- 213 Jeder Abstieg bringt aus sportlicher Sicht eine Rückstufung mit sich. Im Spitzen- und Berufssport, wo der Fokus auf Maximierung der Leistungsfähigkeit gerichtet ist, handelt es sich um den grösstmöglichen Misserfolg einer Saison. Dennoch kann auch der Abstieg im Unternehmensinteresse liegen.<sup>588</sup> Häufig ist es nämlich für einen Klub kaum möglich, das für den Spielbetrieb in der oberen Liga erforderliche Budget zu stemmen, da, obschon die Einnahmen in der oberen Liga ansteigen, der unternehmerische Erfolg aufgrund der überproportional wachsenden Ausgaben abnimmt. Ein Abstieg führt in diesem Fall zwar zu weniger Einnahmen, aber eben auch zu wesentlich tieferen Ausgaben. Daraus können aussichtsreichere unternehmerische Perspektiven resultieren und allenfalls sogar Gewinne und somit Dividenden realistisch erscheinen.
- 214 Während der absichtliche sportliche Abstieg gegen den Fair-Play-Grundsatz verstösst, dürfte der freiwillige Abstieg bei manchen Sportaktiengesellschaften zu einem besseren wirtschaftlichen Resultat führen.<sup>589</sup> Solche Sportaktiengesellschaften sind vom Verwaltungsrat zugunsten des wirtschaftlichen Endzwecks und des Unternehmensinteresses in die untere Liga zu führen. Der Verwaltungsrat würde in einem solchen Fall seine aktive Interessenwahrungspflicht verletzen, wenn er (aus sportlichen Motiven) nicht den freiwilligen Abstieg in die Wege leitete.

### **e) Teilnahme an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettkämpfen**

- 215 Neben der nationalen Meisterschaft besteht auf internationaler Ebene – je nachdem, ob die sportlichen Kriterien erfüllt wurden – die Möglichkeit der Teilnahme an weiteren Wettbewerben.<sup>590</sup> Die Mitwirkung an solchen Wettkämpfen ist als wettkampfbezogenes, sportliches Ziel zu qualifizieren und aus sportlicher Sicht für jeden Klub erstrebenswert. Im Eishockey können hierzu der in der Schweiz ausgetragene Spengler Cup und die internationale Champions Hockey League als Beispiele dienen. Im Fussball ist auf die prominente UEFA Champions League und die UEFA Europa League als internationale, nicht vom Landesverband organisierte Wettbewerbe hinzuweisen. Die Klubs der SFL sind verbandsrechtlich verpflichtet, an den Wettbewerben der UEFA teilzunehmen.<sup>591</sup> Bei Wettbewerben, an denen kraft Verbandsrechts keine Teilnahmepflicht besteht, können rein sportliche Ziele jedoch die Teilnahme nicht rechtfertigen. Massgebliches Kriterium für die Entscheidungsfindung über eine solche Teilnahme ist einzig das Unternehmensinteresse. Der Verwaltungsrat muss sich demnach genau überlegen, welche

---

<sup>588</sup> So ist es den in der National League wirtschaftlich strauchelnden SCL Tigers (Langnau) dem Vernehmen nach gelungen, in den zwei Saisons 2013/2014 und 2014/2015 und somit zwischen dem Abstieg in die National League B (heute Swiss League) und dem Wiederaufstieg Gewinne zu realisieren. Siehe dazu NZZ vom 15. Januar 2017, 49, «Niederlage beim wirtschaftlichen Vorbild».

<sup>589</sup> In der Praxis verfügen viele Sportklubs in den Arbeitsverträgen mit ihren Spielern über Auflösungsklauseln, die es erlauben, bei der gewichtigsten Position «Personalkosten» kurzfristig erhebliche Anpassungen vorzunehmen.

<sup>590</sup> Der Schweizer Cup wird in der Schweiz sowohl im Eishockey als auch im Fussball von den Dachverbänden organisiert, weshalb eine Teilnahmepflicht besteht.

<sup>591</sup> Art. 19 Abs. 1 lit. b Statuten SFL.

Einnahmen generiert werden und welche Kosten anfallen können. Ergibt sich kein positives Kosten-Nutzen-Verhältnis, muss er von einer Teilnahme absehen.<sup>592</sup>

## f) Freigabe von Spielern

Bei den grossen internationalen Länderwettbewerben, wie den Olympischen Spielen sowie Welt- und Europameisterschaften,<sup>593</sup> treten die besten Spieler jeder qualifizierten Nation für ihr Heimatland gegeneinander an. Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass die besten Fussballer ausnahmslos einem Aufgebot für die Fussballweltmeisterschaft folgen, genauso wie es die besten Eishockeyspieler bei einem Olympiaaufgebot tun. Aus der Optik des Klubs, der einen aufgeborenen Spieler unter Vertrag hat, ist eine Freigabe indessen nicht selbstverständlich. Die Teilnahme an einem Länderturnier birgt ein doppeltes Verletzungsrisiko des Spielers. Zum einen kann sich der Spieler während des internationalen Turniers verletzen, zum anderen kann er danach durch die zusätzliche Belastung verletzungsanfälliger oder aufgrund der Mehrbelastung nicht mehr in der Lage sein, seine gewöhnliche Leistung abzurufen. Zudem wird die Zeit für Regeneration und Trainingsaufbau verkürzt. Zwar kann sich der Spieler bei einem internationalen Turnier auch verbessern, was dem freigebenden Klub nützt, doch dürften die negativen Seiten einer Freigabe häufig überwiegen, denn sie kann, vom Spannungsverhältnis in Bezug auf den wirtschaftlichen Endzweck abgesehen, auch mit den klubeigenen sportlichen Interessen kollidieren.

216

In der Schweiz besteht sowohl im Fussball als auch im Eishockey die verbandsrechtliche Pflicht zur Freigabe von Spielern für gewisse internationale Wettkämpfe.<sup>594</sup> Demnach verfügt der Verwaltungsrat grundsätzlich über keinen Spielraum in dieser Frage.<sup>595</sup> Im Übrigen kann zumindest im Eishockey nicht davon ausgegangen werden, dass die Klubs alle aufgeborenen Spieler auch ohne verbandsrechtliche Pflicht für die Nationalmannschaft freigeben würden.<sup>596</sup>

217

Für andere Wettkämpfe besteht keine solche Verpflichtung, so bspw. für den Spengler Cup im Schweizer Eishockey<sup>597</sup> oder für die Teilnahme an «*Prospect Camps*» der NHL-Organisationen. In solchen

218

<sup>592</sup> So hat bspw. die NHL, die selber als Sportkapitalgesellschaft organisiert ist, auf eine Partizipation an den Olympischen Spielen 2018 verzichtet. Vgl. NZZ vom 5 April 2017, 42, «Grosse Trauer nach NHL-Nein». Siehe zum US-amerikanischen Sportmodell HAAS/MAARTENS, S. 44.

<sup>593</sup> Im Eishockey existiert derzeit keine Europameisterschaft.

<sup>594</sup> Anwendbar sind Erlasse der internationalen Dachverbände. Im Fussball: FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players (2016), Annexe 1, Articles 3.1, 5 und 6. Abrufbar unter <www.fifa.com => about FIFA => Laws and Regulations>. Im Eishockey: IIHF International Transfer Regulations, Article 11 «Release of Player for National Team Games», Stand Mai 2017, derzeit nicht im Internet abrufbar.

<sup>595</sup> Siehe hinten N 850.

<sup>596</sup> Das zeigt bspw. ein Blick in die NHL, deren Teams regelmässig die Freigabe für die Teilnahme an Weltmeisterschaften ablehnen, siehe dazu NZZ vom 5 April 2017, 42, «Grosse Trauer nach NHL-Nein» und insbesondere die Aussage des Präsidenten des IIHF, René Fasel, es sei eine Niederlage für den Sport und ein Sieg des Geldes.

<sup>597</sup> Beim Spengler Cup ist es üblich, dass sich der HC Davos mit Ergänzungsspielern aus anderen Schweizer Klubs verstärkt. Ebenso machen viele ausländische Spengler-Cup-Teilnehmer von der Möglichkeit Gebrauch, Spieler aus der Schweiz als Ergänzungs- bzw. Verstärkungsspieler einzusetzen.

Fällen ist der Freigabeentscheid ein Geschäftsführungsentscheid, der sich am Unternehmensinteresse zu orientieren hat.<sup>598 599</sup>

### g) «Spektakuläre» bzw. «überteuerte Spieler»

- 219 Schliesslich können auch bei der Personalpolitik Motive rein sportlicher Natur eine Rolle spielen und zu Geschäftsentscheiden führen, die vom Unternehmensinteresse nicht mehr gedeckt sind. So es kann aus sportlicher Sicht sehr attraktiv sein, einen spektakulären Spieler zu verpflichten, der den Sportkenner zwar verzaubern kann, obwohl sein Beitrag zur Wettbewerbsfähigkeit der Mannschaft gering bleibt und sich in der Kosten-Nutzen-Analyse keine vernünftige Relation ergibt. Bei der Entscheidung, «spektakuläre» Spieler statt solche mit vernünftigem Kosten-Nutzen-Verhältnis zu engagieren, ist der Ermessensspielraum der Entscheidungsträger gross und grundsätzlich der richterlichen Kontrolle im Sinne der *Business Judgment Rule* weitgehend entzogen.<sup>600</sup> Wenn aber Sportaktiengesellschaften ohnehin an chronischen Defiziten leiden und die Entscheidungsträger entgegen jeglicher Vernunft bei der Verpflichtung einzelner Spieler wirtschaftliche Prinzipien über Bord werfen, ist ein Verstoß gegen die aktive Interessenwahrungspflicht durchaus denkbar.<sup>601 602</sup> Dies kommt namentlich während eines Arbeitskampfes in der NHL – der weltbesten Eishockeyliga – in Betracht, wenn sich die Klubs für einen undefinierten Zeithorizont die Dienste teurer «Star-Spieler» sichern.<sup>603</sup> Es geht dabei nicht darum, dass der «spektakuläre» Spieler keinen zusätzlichen sportlichen Nutzen bringen würde, sondern darum, dass der zusätzliche Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zu den anfallenden Kosten steht. Ein solcher Spieler ist in diesem Sinne «überteuert». In der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist die Auswahl der Spieler und deren Honorierung nach Kosten-Nutzen-Überlegungen vorzunehmen, und zwar auch im Zusammenhang mit einer «Meisterstrategie». Dabei geht es um die Kaderplanung und insbesondere um die Finanzplanung im Personalbereich, die sich aus der sportlichen Zielsetzung ergibt. Bei der «Meisterstrategie» soll das Spielerkader so zusammengestellt werden, dass die Mannschaft über mehr Qualität verfügt als die Konkurrenz. Die «Meisterstrategie» ist unter dem wirtschaftlichen Endzweck aber dann unzulässig,

---

<sup>598</sup> Gerade eine unentgeltliche Freigabe von Verstärkungsspielern für den Spengler Cup im Eishockey – der jeweils im Dezember und somit in einer intensiven Zeit der Saison stattfindet – dürfte aus unternehmerischer Sicht kaum gerechtfertigt sein. Ein allfälliges Entgelt oder die Versicherung eines möglichen Schadens infolge einer Verletzung des freigegebenen Spielers ist bei der Evaluation mit zu berücksichtigen.

<sup>599</sup> Zu berücksichtigen ist jedoch, dass auch eine solche Freigabe im Hinblick auf die Motivation von Mitarbeitern gerechtfertigt sein kann, siehe dazu SOMMER, S. 54; WATTER/SPILLMANN, S. 108.

<sup>600</sup> Bspw. ist kaum messbar, welchen Einfluss die Verpflichtung eines einzelnen Spielers auf den sportlichen Erfolg hat. Weiter kann die Verpflichtung von spektakulären Spielern auch dazu führen, dass mehr Einnahmen aus dem Absatz von Eintrittskarten oder aus dem Merchandising resultieren.

<sup>601</sup> In diesem Fall könnte auch eine Treuepflichtverletzung im Sinne der passiven Treuepflicht gesehen werden, weil der Verwaltungsrat seine persönlichen «Fan-Interessen» vor diejenigen des Klubs stellt. Siehe dazu hinten N 265 ff.

<sup>602</sup> Vgl. KALBERMATTER, S. 63.

<sup>603</sup> Wie lange ein Lock-out dauert, kann naturgemäss nicht zum Voraus abgeschätzt werden. Der Lock-out in der Saison 2004/2005 dauerte die gesamte Saison, während derjenige in der Saison 2012/2013 im Januar 2013 beendet werden konnte. Siehe dazu RASNIC/RESCH, S. 176. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Schweizer Klubs den Lock-out und dessen Beginn nicht voraussehen können, so dass sie regelmässig das im Schweizer Eishockey beschränkte Ausländer-Kontingent ausschöpfen. In der Folge müssen neben den teuren NHL-Spielern auch die «einheimischen Ausländer», die als Konsequenz des Lock-outs regelmässig «überzählig» sind, finanziert werden.

wenn dafür eben «überteuerte» Spieler «eingekauft» werden. Der Verwaltungsrat, der «überteuerte Spieler» verpflichtet, verletzt demnach das Unternehmensinteresse.

## **h) Zwischenergebnis**

Der Play-off-Modus im Eishockey kann den Anreiz schaffen, durch absichtliches Verlieren die wirtschaftlichen Aussichten zu verbessern. Indessen verbietet es das Verbandsrecht, namentlich gestützt auf den Fair-Play-Grundsatz, auf das sportliche Resultat eines Wettkampfes Einfluss zu nehmen. Die Einflussnahme auf die Zuteilung der Play-off- bzw. Play-out-Gegner sowie auf die Anzahl Spiele in einer Play-off- oder Play-out-Serie ist folglich als unzulässig zu qualifizieren. Ebenfalls unzulässig ist aus denselben Gründen die Beeinflussung der sportlichen Leistungsfähigkeit im Wettkampf und demnach auch der so herbeigeführte sportliche Abstieg in die tiefere Liga. Der freiwillige Abstieg ohne sportliche Manipulationen ist aus aktienrechtlicher Sicht jedoch zu prüfen und bei gegebener Sachlage zu vollziehen. Sieht das Verbandsrecht weder die Pflicht zur Teilnahme an bestimmten nationalen oder internationalen Wettkämpfen noch die Freigabe von Spielern für solche Wettkämpfe vor, müssen Entscheide darüber mit dem Unternehmensinteresse übereinstimmen. Schliesslich dürfen Spieler nur zu Konditionen verpflichtet werden, die in vernünftiger Relation zu Kosten-Nutzen-Überlegungen stehen.

220

## **4. Verfolgung nicht wettkampfbezogener sportlicher Ziele in der Praxis**

### **Vorbemerkung**

Neben den unmittelbaren, sich aus dem Wettbewerb ergebenden sportlichen Zielen, können weitere, nicht wettkampfbezogene sportliche Ziele für eine Sportaktiengesellschaft als erstrebenswert erscheinen. Auch solche Ziele können im Widerspruch zum Unternehmensinteresse stehen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit steht die Unterstützung des Stammvereins im Vordergrund (a). Daneben kommen als weitere Ziele «Freude am Sport» (b) und soziokulturelle Anliegen (c) in Frage.

221

### **a) Nachwuchsförderung**

Sport wird regelmässig mit Jugendförderung in Verbindung gebracht, insbesondere bei der sog. Nachwuchsförderung.<sup>604</sup> Im Mannschaftssport ist damit die Unterstützung von Nachwuchsorganisationen der eigenen Sportart gemeint. Diese sind regelmässig als eigenständige Vereine im Sinne von Art. 60 ff. ZGB konstituiert und sind insofern von den Sportaktiengesellschaften rechtlich unabhängige juristische Personen.<sup>605</sup> Bei der Nachwuchsunterstützung ist zu unterscheiden, ob der «eigene» Verein,

222

<sup>604</sup> So nehmen auch zahlreiche statutarische Zwecke von Sportaktiengesellschaften auf den Nachwuchs Bezug. Siehe zu Nachwuchsförderung im Allgemeinen KAISER, S. 78 ff.

<sup>605</sup> Siehe vorne zum Sportklub als Geflecht von Aktiengesellschaft und Verein; Regelmässig handelt es sich bei den Nachwuchsorganisationen um Vereine i.S.v. Art. 60 ff. ZGB. Im Schweizer Eishockey gibt es unterdessen jedoch auch zahlreiche «Junioren-Aktiengesellschaften». Siehe dazu vorne N 104.

das heisst der Stammverein, oder der übrige Nachwuchs (bspw. Sportklubs in einer bestimmten Region) unterstützt werden soll.

### aa) Unterstützung des Stammvereins

- 223 Die Sportaktiengesellschaft ist aufgrund von verbandsrechtlichen Bestimmungen mit ihrem Stammverein in einer Weise verbunden, die eine gewöhnliche vertragliche Beziehung übersteigt.<sup>606</sup> Sportaktiengesellschaften werden verbandsrechtlich verpflichtet, Nachwuchsabteilungen zu führen, und müssen den Nachweis erbringen, dass sie die teilweise strengen verbandsrechtlichen Qualitätsanforderungen erfüllen.<sup>607</sup> Die Sportaktiengesellschaften kommen solchen Anforderungen betreffend Nachwuchsarbeit nicht *in* der Aktiengesellschaft selbst, sondern durch die Zusammenarbeit mit ihrem Stammverein nach. Dies kann zu einer – auch aus dem Blickwinkel des Unternehmensinteresses – gerechtfertigten finanziellen Unterstützung führen. Wenn nämlich der Stammverein nicht in der Lage ist, die (an die Sportaktiengesellschaft adressierten) verbandsrechtlichen Vorgaben aus eigener Kraft zu erfüllen, drohen der Sportaktiengesellschaft Sanktionen und als *Worst-case*-Szenario der Lizenzentzug, der gleichermassen ihr betriebliches Ende bedeuten würde. Die Sportaktiengesellschaft ist in diesem Sinne vom Stammverein abhängig.
- 224 Bei der Vertragsausgestaltung zwischen der Sportaktiengesellschaft und dem Stammverein ist die Frage nach der Entschädigung für die Ausbildung von Spielern von grosser praktischer Bedeutung. Sowohl der Schweizer Fussball als auch das Schweizer Eishockey verfügen über komplexe Entschädigungssysteme, die sicherstellen sollen, dass Klubs für ihre Investitionen in die Ausbildung von Nachwuchsspielern entschädigt werden, wenn diese später bei einem anderen Schweizer Klub unter Vertrag stehen. So wird ein Anreiz geschaffen, Juniorenförderung zu betreiben, und unterschiedliche Investitionen der Klubs in den Nachwuchs gleichen sich gegenseitig aus.<sup>608</sup> Eine schwierige Frage ist, wie solche Entschädigungen zwischen der Sportaktiengesellschaft und dem Stammverein zu verteilen sind. Insgesamt ist es in diesem System für eine Sportaktiengesellschaft durchaus möglich bzw. sogar geboten, den Stammverein zu unterstützen und sich dafür Ausbildungsrechte zu sichern.
- 225 Die Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck hat also selbst ein Interesse daran, dass der Stammverein die Minimalanforderungen des Verbands erfüllt. Über diese Mindestanforderungen hinaus ist eine Unterstützungsleistung nur gerechtfertigt, wenn sie dem Unternehmensinteresse entspricht. Generell hat der Verwaltungsrat das Vertragsverhältnis mit dem Stammverein nach dem Grundsatz des Unternehmensinteresses zu gestalten. Das gilt auch dann, wenn es sich beim Stammklub nicht um einen Verein, sondern ebenfalls um eine Aktiengesellschaft handelt.<sup>609</sup>
- 226 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich das vertragliche Verhältnis zwischen Sportaktiengesellschaft und Stammverein als komplex und facettenreich erweist.<sup>610</sup> Der Stammverein bleibt

---

<sup>606</sup> Dazu ausführlich KALBERMATTER, S. 114 ff.

<sup>607</sup> Siehe zum Verhältnis zwischen Sportaktiengesellschaft und Verein vorne N 106 ff.

<sup>608</sup> Siehe zur Ausbildungsentschädigung im Allgemeinen DERUNGS, S. 1 ff.

<sup>609</sup> Siehe dazu ausführlich hinten N 915.

<sup>610</sup> Vgl. dazu KALBERMATTER, S. 114 ff.



jedoch aus rechtlicher Sicht eine fremde juristische Person. Jede Unterstützung von solchen gesellschaftsfremden Dritten führt zu einem Mittelabfluss bei der Gesellschaft, weshalb sie nur getätigt werden kann, wenn sie vom Unternehmensinteresse gedeckt ist.

#### **bb) Unterstützung des übrigen Nachwuchses**

Zu Nachwuchsorganisationen ausserhalb des Stammvereins besteht kein Abhängigkeitsverhältnis, so dass Zuwendungen nur im Rahmen des Unternehmensinteresses gerechtfertigt sind. Mittelabflüsse aus der Aktiengesellschaft – mag die Intention, die dahinter steckt, noch so löblich sein – haben stets dem langfristigen Gedeihen der Unternehmung (inkl. Unternehmenswertsteigerung) zu dienen. Auch die Sportaktiengesellschaft ist, sofern sie nicht statutarisch etwas Gegenteiliges vorsieht, keine Wohltäterin für den Sportnachwuchs.<sup>611</sup> Immerhin dürfte gerade in der öffentlichkeitswirksamen Unterstützung des regionalen Sportnachwuchses der eigenen Sportart ein grosses Potential an Reputations- und Imagepflege vorhanden sein.<sup>612</sup>

Unterstützt die Sportaktiengesellschaft somit den Stammverein oder anderweitig den Sportnachwuchs, hat sie entsprechende Gegenleistungen sicherzustellen. Auch hier gilt, dass eine Investition in der Kosten-Nutzen-Analyse immer eine positive wirtschaftliche Wirkung erzeugen muss.

#### **b) Freude am Sport/Förderung des eigenen Sports**

Sportorganisationen können ideelle, nichtwirtschaftliche Ziele auch insofern verfolgen, dass sie ihre Sportart fördern und Dritte damit unterhalten wollen.<sup>613</sup> Beim Begriff «Freude am Sport» handelt es sich im hier verwendeten Kontext um ein nicht wettkampfbezogenes sportliches Ziel, das nicht dem wirtschaftlichen Endzweck zugutekommt. So kann etwa eine offensive Taktik einer Mannschaft angeordnet werden, ohne dass man sich dadurch bessere Chancen auf sportlichen Erfolg verspricht, sondern schlicht dazu, den anwesenden Zuschauern mehr Freude zu bereiten. Wo eine solche Zielausrichtung in der Kosten-Nutzen-Analyse zu mehr Einnahmen führt, ist sie unbedenklich.<sup>614</sup> Der Ermessensspielraum des Verwaltungsrates ist bei derartigen Entscheiden gross, denn wenn mehr «Freude am Sport» erzeugt wird, kann angenommen werden, dass auch das Unternehmensinteresse gefördert wird.<sup>615</sup> Nichtsdestotrotz hat der Verwaltungsrat den Sport als Mittel zum wirtschaftlichen Endzweck anzusehen und nicht als Instrument zum persönlichen Amüsement.

---

<sup>611</sup> Vgl. BÜRGI, Art. 660, 661 N 25 «Die Aktiengesellschaft ist grundsätzlich keine Wohltätigkeitsanstalt.»

<sup>612</sup> Siehe zur besonderen Bedeutung der Reputation im Sport hinten N 272 f.

<sup>613</sup> Vgl. BSK ZGB I-HEINI/SCHERRER, Art. 60 N 13 f. betreffend Sportklubs als Vereinen (Art. 60 ff. ZGB). Siehe zur Rechtsformpflicht vorne N 98 f.

<sup>614</sup> So begründete der CEO der SCB Eishockey AG die Entlassung des Trainers trotz sportlichen Erfolgs wie folgt: «Wir sind ein Unterhaltungsunternehmen. Wir wollen erfolgreiches, aber auch attraktives Eishockey spielen. Beides war zuletzt nicht mehr der Fall gewesen.» in NZZ vom 23.10.2011, 52, «Wir haben in Bern höhere Ansprüche als anderswo». Die Trainerentlassung ist aber bei sinkenden Zuschauerzahlen trotz sportlichen Erfolgs aus dem Blickwinkel des Unternehmensinteresses nicht nur legitim, sondern gefordert.

<sup>615</sup> Vgl. WATTER/SPILLMANN, S. 105 f. betreffend weitreichenden Ermessensspielraum des Verwaltungsrates.

### c) Soziokulturelle Ziele

- 230 Ein sportliches Ziel kann schliesslich auch soziokultureller Natur sein, indem es die soziale und erzieherische Funktion des Sports nutzt.<sup>616</sup> Sport kann aber auch als Teilgehalt des Begriffs Kultur aufgefasst werden und insoweit eine kulturelle Aufgabe wahrnehmen.<sup>617</sup> Weiter kann Sport auch die Wahrung grundlegender zivilisatorischer Werte zum Ziel haben, wie etwa gegenseitiger Respekt, Ächtung unlauteren Verhaltens und die Fähigkeit zu verlieren.<sup>618</sup>
- 231 Für das Verfolgen derartiger Ziele gilt im Rahmen der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck nichts anderes als für andere nicht im Unternehmensinteresse liegende Handlungen. Werden dennoch soziokulturelle Ziele verfolgt, ohne dass sie einen positiven Einfluss auf das Bild der Gesellschaft in der Öffentlichkeit haben (Reputation), oder wird das vertretbare Mass bei solchen Vergabungen überschritten, muss sich der Verwaltungsrat den Vorwurf gefallen lassen, er verfolge persönliche, nichtwirtschaftliche Interessen, statt auf eigene Rechnung, auf Kosten der Gesellschaft.<sup>619</sup>

### d) Zwischenergebnis

- 232 Nicht wettkampfbezogene sportliche Ziele wie Nachwuchsförderung, Freude am Sport oder soziokulturelle Ziele können in der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft nur im Rahmen des Unternehmensinteresses verfolgt werden und somit nur dann, wenn bei der Kosten-Nutzen-Analyse einer solchen Investition eine positive wirtschaftliche Bilanz resultiert. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass dem Verwaltungsrat bzw. den geschäftsführenden Organen bei der Reputationspflege ein grosser Ermessensspielraum zukommt.

## 5. Praxisprobleme in Bezug auf die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats

- 233 Die Ausführungen zur Wirtschaftlichkeit der Sportaktiengesellschaften haben gezeigt, dass das schlechte wirtschaftliche Umfeld in den Schweizer Professional-Sportligen einerseits auf ökonomischen Ursachen gründet und andererseits mit der Priorisierung von sportlichen gegenüber wirtschaftlichen Zielen in Verbindung steht. Was den Verwaltungsrat der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft betrifft, muss er das ökonomische Umfeld seiner Branche kennen und sich dementsprechend darauf einstellen. Er hat sich eine Strategie zurechtzulegen, die der Gesellschaft in ihrem ökonomischen Umfeld ein rentables Geschäftsmodell eröffnet. Richtet er seine Finanzplanung jedoch nicht auf das Schaffen von wirtschaftlichem Mehrwert, sondern auf das Erreichen sportlicher Ziele aus, stellt sich die Frage, ob er seine Pflichten gemäss Art. 716a OR und namentlich seine Finanzverantwortung im Interesse der Gesellschaft wahrnimmt.

---

<sup>616</sup> HÜGI, § 5 N 6 ff. Vgl. auch ZÖLCH, S. 102.

<sup>617</sup> Vgl. SCHWAMMBERGER, S. 10 f.

<sup>618</sup> FLEINER, S. 28.

<sup>619</sup> Vgl. dazu WATTER/SPILLMANN, S. 112, wonach ethisch motivierte Aktivitäten aus der eigenen Tasche und nicht aus jener der Aktionäre finanziert werden sollen.

Weder die Ursachen für das schlechte ökonomische Umfeld noch der jeweilige Wille eines Mäzens sind für den Verwaltungsrat bei der Wahrnehmung seiner Finanzverantwortung entscheidend.<sup>620</sup> Entscheidend sind für ihn vielmehr seine unübertragbaren Aufgaben und seine aktive Interessenwahrungspflicht. In Bezug auf den wirtschaftlichen Endzweck der Sportaktiengesellschaft können insbesondere folgende, als Fragen formulierte Problemfelder ausgemacht werden, die es anschliessend zu untersuchen gilt.

234

- Wie geht der Verwaltungsrat mit einem strukturellen Defizit in seiner Finanzplanung um?
- Wie behandelt der Verwaltungsrat Gönnerbeiträge?
- Wie trägt der Verwaltungsrat den Risiken, insbesondere den *Klumpenrisiken*, Rechnung?

## a) Finanzverantwortung

Der Verwaltungsrat ist nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR für die Ausgestaltung des Rechnungswesens, die Finanzkontrolle sowie die Finanzplanung verantwortlich. Neben organisatorischen<sup>621</sup> Obliegenheiten ist als gestalterische Aufgabe insbesondere die Finanzplanung von Bedeutung.<sup>622</sup> Einerseits ist sicherzustellen, dass genügend Mittel vorhanden sind, um die geplante Geschäftstätigkeit überhaupt ausüben zu können; andererseits hat der Verwaltungsrat dafür zu sorgen, dass jederzeit genügend *liquide* Mittel zur Verfügung stehen, um die fälligen Verpflichtungen zu erfüllen. Ersteres entspricht dem Begriff des Budgets, Letzteres demjenigen der Liquiditätsplanung.<sup>623</sup> Die Finanzplanung stellt eine Kernverantwortung des Verwaltungsrates dar<sup>624</sup> und ist Teil der aktiven Interessenwahrungspflicht.<sup>625</sup>

235

## b) Umgang mit strukturellem Defizit in der Finanzplanung

### aa) Strukturelles Defizit

In der Praxis gelingt es vielen Sportaktiengesellschaften über Jahre nicht, Gewinne zu erwirtschaften; in solchen Fällen beschäftigen sie sich jedoch häufig lieber mit der Frage, wie sie die fehlenden Mittel von Gönnern erhältlich machen können, anstatt ihren Fokus auf ein ausgeglichenes Budget zu richten. Infolgedessen verfolgen sie ein *konstant defizitäres Geschäftsmodell*, bei dem die Einnahmen die eigenen Grenzkosten auf Dauer nicht mehr tragen können.<sup>626</sup>

236

### bb) Sorgfaltspflicht zum Erhalt des Unternehmens

Das Einfahren von Verlusten in mehreren aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren ist für sich allein noch nicht als unsorgfältige Geschäftsführung zu werten. Wird jedoch, wie häufig zu sehen ist, ein konstant

237

<sup>620</sup> Siehe dazu vorne N 131 f.

<sup>621</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 42.

<sup>622</sup> GLANZMANN, Krisensituationen, S. 40.

<sup>623</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 353.

<sup>624</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 354.

<sup>625</sup> Siehe zur aktiven Interessenwahrungspflicht vorne N 62.

<sup>626</sup> BORER, Art. 7 N 18.

defizitäres Geschäftsmodell unbeirrt weitergeführt, –in der Hoffnung, den sportlichen Erfolg zu maximieren, stellt sich die Frage, ob in dieser Weiterführung eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt. Unsorgfältig handelt ein Verwaltungsrat, der die Anstrengungen, die nötig wären, um die Gesellschaft in einem finanziell gesunden Zustand zu erhalten, unterlässt.<sup>627</sup> Die Sorgfaltspflicht zum Erhalt des Unternehmens bedeutet somit bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft, dass der Verwaltungsrat aktiv Massnahmen ergreifen muss, um die Gesellschaft in einen finanziell gesunden Zustand zu führen. Dieser ist dann als gegeben anzunehmen, wenn die Gesellschaft bei Weiterführung der bisherigen Strategie zumindest überlebensfähig bleibt.

- 238 Dementsprechend muss der Verwaltungsrat der Sportaktiengesellschaft versuchen, das defizitäre Geschäftsmodell in ein rentables umzuwandeln. In der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck ist nämlich kein Platz für die Verfolgung eines konstant defizitären Geschäftsmodells. Der Verwaltungsrat darf sich nicht darauf beschränken, Anstrengungen zur Steigerung der Einnahmen zu unternehmen, wenn diese Einnahmen wiederum vollumfänglich in den Sport – insbesondere als Investition in die Mannschaft – fliessen und so das strukturelle Defizit trotz Steigerung des Umsatzes weiter bestehen bleibt.

### cc) Gewinnstrebige Finanzplanung

- 239 Die Verfolgung eines Geschäftsmodells mit strukturellem Defizit verunmöglicht es, den wirtschaftlichen Endzweck zu realisieren und den Aktionären vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen. Lässt sich durch eine gewisse Strategie auf Dauer keine Profitabilität erreichen, trifft den Verwaltungsrat eine Geschäftsanpassungspflicht.<sup>628</sup> Das schlechte ökonomische Umfeld bei Sportklubs kann dem Verwaltungsrat nicht als Ausrede für konstanten wirtschaftlichen Misserfolg herhalten, sondern ist – wenn auch von erheblicher praktischer Bedeutung – in Bezug auf die unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten im Sinne von Art. 716a OR irrelevant.
- 240 Art. 716 Abs. 1 Ziff. 1 OR verpflichtet den Verwaltungsrat zur Wahrnehmung der Oberleitung der Gesellschaft. Dazu gehört die Festlegung der Strategie. Diese Strategiebestimmungspflicht erstreckt sich auch auf die Finanzierung des Unternehmens. Der Verwaltungsrat hat darauf zu achten, dass die Gesellschaft mit den zur Verfügung stehenden Mitteln realistische Ziele verfolgt, und darf sich nicht einer Strategie zuwenden, die sich nicht finanzieren lässt.<sup>629</sup> Ein Verwaltungsrat, der die Strategie seines Unternehmens nicht auf die finanziellen Ressourcen abstimmt, kann sich in krassen Fällen persönlich haftbar machen.<sup>630</sup>
- 241 Aufgrund des Anspruchs der Aktionäre auf eine gewinnstrebige Geschäftsführung ist im Bereich der Finanzplanung die Festlegungen einer Strategie zu fordern, die zum einen einen Überschuss anstrebt und diesen zum anderen in Form von vermögensrechtlichen Vorteilen an die Aktionäre ausschütten will.

---

<sup>627</sup> FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, N 839 m.w.H. zur nicht veröffentlichten Erwägung E. 2b in BGE 111 II 182 ff.

<sup>628</sup> Siehe vorne N 42.

<sup>629</sup> Vgl. GLANZMANN, Kapitalausstattung, S. 52.

<sup>630</sup> Zum Ganzen SCHENKER, Verwaltungsrat in der Praxis, S. 23.

Der Zeitpunkt der Dividendenausschüttung ist dabei nicht entscheidend. Letztlich erfüllt der Verwaltungsrat die Pflicht zur gewinnstrebigem Geschäftsführung, wenn der Unternehmenswert anwächst. Die Unternehmenswertsteigerung kann zu einer Ausschüttung oder zu einer höheren Liquidationsdividende führen und ausserdem beim Verkauf der Beteiligung einen höheren Erlös ermöglichen. Ist indessen die Unternehmensstrategie weder auf Dividendenausschüttung noch auf Unternehmenswertsteigerung ausgerichtet, liegt darin ein Widerspruch zur gewinnstrebigem Finanzplanung. Nicht zu verwechseln ist die Pflicht zur gewinnstrebigem Finanzplanung mit dem Betriebsergebnis. Es gehört zum gewöhnlichen Geschäftsleben, dass eine Gesellschaft ihre auf Gewinn abzielende Strategie aus ökonomischen Gründen nicht erfolgreich umsetzen kann. Entscheidend ist im vorliegenden Kontext aber, dass sie es immerhin versucht.

Eine Sportaktiengesellschaft, die ein dauerndes strukturelles Defizit aufweist, wird bei objektiver Betrachtung regelmässig die Finanzierung des Unternehmens mittelfristig nicht aufrechterhalten können. Art. 716 Abs. 1 Ziff. 1 OR lässt eine Unternehmensstrategie, die auf Dauer defizitär ist, grundsätzlich nicht zu. Die Strategieplanung muss mittel- oder zumindest langfristig einen finanzierbaren Betrieb anpeilen. Verspricht der eingeschlagene Weg keinen Erfolg, das heisst, führen die Finanzplanung und die damit zusammenhängenden Investitionen nicht zu einem betrieblichen Überschuss, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, ein geplantes Geschäft oder sogar das gesamte Geschäftsmodell anzupassen.<sup>631</sup> Die Finanzplanung in der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck verlangt, dass vorhandene finanzielle Mittel so eingesetzt werden, dass ein Gewinn möglich ist.<sup>632</sup>

242

#### **dd) Zwischenergebnis**

Der Verwaltungsrat der defizitär operierenden Sportaktiengesellschaft hat im Rahmen seiner Pflicht zur Finanzplanung das Unternehmen als solches zu erhalten oder, anders gesagt, auf einen Zustand hinzuwirken, bei welchem der Gesellschaft keine existenziellen Gefährdungen drohen. Im Rahmen der strategischen Finanzplanung gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR ist der Verwaltungsrat zudem aufgefordert, eine Strategie zu entwickeln, die mittel- oder zumindest langfristig die Finanzierbarkeit der Geschäftstätigkeit aus eigener Kraft sicherstellt und ein rentables Geschäftsmodell möglich macht. Der Verwaltungsrat der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft verletzt seine Finanzverantwortung, wenn er ein konstant defizitäres Geschäftsmodell verfolgt. Er ist verpflichtet, alles Nötige zu unternehmen, um einem strukturellen Defizit entgegenzuwirken.

243

---

<sup>631</sup> Vgl. KÄGI, § 8 N 9 m.w.H.; VISCHER, S. 566.

<sup>632</sup> Weist eine Aktiengesellschaft ein strukturelles Defizit aus, ist zudem dem *Fortführungsgrundsatz* besondere Beachtung zu schenken. Siehe sogleich N 246 f.

### c) Umgang mit Gönnerbeiträgen

#### aa) Begriff Gönnerbeitrag

- 244 Ein Gönnerbeitrag ist eine unentgeltliche Zuwendung, also eine Leistung ohne entsprechende Gegenleistung.<sup>633</sup> Insofern kann der Gönnerbeitrag auch als Spende bzw. Liberalität im bereits erläuterten Sinne bezeichnet werden.<sup>634</sup> Der Gönnerbeitrag wird regelmässig nicht im Hinblick auf ein konkretes Verhalten geleistet, sondern weil der Gönner generell Sympathie für den Sportklub hegt.
- 245 Abzugrenzen ist ein Gönnerbeitrag insbesondere gegenüber dem Sponsoring. Das Sponsoring erfolgt immer im Hinblick auf eine Gegenleistung.<sup>635</sup> Schwieriger wird die Abgrenzung, wenn zwar ein Sponsoringvertrag besteht, die Leistung des Sponsors aber höher ist als der Marktwert der Gegenleistung.<sup>636</sup> In diesem Fall ist von einem gemischten Vertrag auszugehen, wobei der Wert der Sponsoring-Leistung, der über ein äquivalentes Leistungsverhältnis hinausgeht, als Gönnerbeitrag anzusehen ist.<sup>637</sup> Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise hat auch freiwillige und ehrenamtlich geleistete Arbeit die Wirkung von Gönnerbeiträgen, denn es werden dabei Leistungen erbracht, für die üblicherweise ein Entgelt geschuldet ist. Der Unterschied zum Gönnerbeitrag ist darin zu erblicken, dass der Vermögenszuwachs nicht durch Steigerung der Aktiven, sondern durch Verminderung der Passiven realisiert wird.<sup>638</sup>

#### bb) Finanzplanung und *Going Concern* bei Gönnerbeiträgen

- 246 Der Verwaltungsrat bzw. die Führungsorgane einer Aktiengesellschaft haben im Rahmen ihrer Finanzverantwortung eine Prognose über die künftigen Einkünfte zu erstellen. Von Bedeutung ist dabei der Grundsatz der Unternehmensfortführung, welcher auch als *Going-Concern*-Grundsatz bezeichnet wird und dem Rechnungslegungsrecht zuzuordnen ist. Die Rechnungslegung ist für die Finanzverantwortung des Verwaltungsrates von zentraler Bedeutung und dient überdies als Führungsinstrument.<sup>639</sup> Nach Art. 958a Abs. 1 OR liegt der Rechnungslegung – und damit der Bewertung von Vermögenswerten – die Annahme zugrunde, dass das Unternehmen auf absehbare Zeit fortgeführt werden kann. Art. 958a Abs. 2 OR definiert diese Periode auf zwölf Monate ab Bilanzstichtag.<sup>640</sup> Zeichnet sich ab,

---

<sup>633</sup> Insofern ist ein Gönnerbeitrag eine Spende bzw. eine Liberalität in vorliegend verstandenem Sinn. Siehe dazu vorne 169 ff. Vgl. auch JAKOB/STUDEN/UHL, S. 97 ff. Ferner OGer ZH LB11066 vom 12. Juli 2012 E. 3d cc.

<sup>634</sup> Siehe dazu vorne N 169 ff.

<sup>635</sup> ENGEL, S. 16 ff.; HEUBERGER, S. 80 f.; NETZLE, S. 12 f; PACHMANN, S. 65.

<sup>636</sup> Urteil des BGer 2C\_967/2013 vom 19. Mai 2014 E. 2.3, wonach auch von «mäzenatischem Sponsoring» gesprochen werden kann. Dabei überwiegt beim Sponsor das Fördermotiv und es werden keine oder nur geringe Gegenleistungen erwartet. Siehe zur Abgrenzung zwischen Sponsoring und Mäzenatentum HEUBERGER, S. 83.

<sup>637</sup> Die Abgrenzung kann in der Praxis bei der Frage, ob Mehrwertsteuer geschuldet ist oder nicht, von Bedeutung sein. Vgl. dazu Urteil des BGer 2C\_967/2013 vom 19. Mai 2014 E. 2.2 f. Vgl. ferner BVR 2006 S. 30 ff. betreffend steuerliche Anerkennung von Sponsorendienstleistungen.

<sup>638</sup> Siehe zu sog. Frondiensten im Umfeld von Sportklubs KALBERMATTER, S. 119 f.

<sup>639</sup> BÖCKLI, Rechnungslegung, N 9.

<sup>640</sup> Bei einer Sportaktiengesellschaft dürfte in der Regel das Geschäftsjahr mit dem Ende einer Meisterschaft abgestimmt sein. Für Eishockeyklubs der National League und der Swiss League besteht sogar die

dass das Unternehmen nicht über diese Zeitspanne fortgeführt werden kann bzw. dass die Einstellung der Tätigkeit voraussichtlich unabwendbar ist, ist eine Umstellung der Bewertung vom Fortführungswert auf den Liquidationswert zwingend vorgeschrieben. In aller Regel führt dies bei der Unternehmung zur Implosion der Aktiven und somit zu einer Eigenkapitalvernichtung.<sup>641</sup>

Bei einer Sportaktiengesellschaft, die in wesentlichem auf Umfang auf Gönnerbeiträge angewiesen ist, stellt sich die Frage, auf welche Weise diese Mittel zufließen und insbesondere, ob ein durchsetzbarer Anspruch vorliegt. Anders als bei Einkünften, die aus der gewöhnlichen unternehmerischen Tätigkeit stammen, stehen den Gönnerbeiträgen keine wirtschaftlichen Werte gegenüber. Ob Einnahmen durch Gönnerbeiträge erzielt werden, hängt einzig und allein vom freien Willen der potentiellen Gönner ab. Gönner sind, mit anderen Worten, im Gegensatz zu gewöhnlichen Vertragspartnern in keiner Weise auf ein Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft angewiesen. Derartige Leistungen als herkömmliche Einnahmen zu qualifizieren, ist aus Blickwinkel der Finanzverantwortung heikel. Werden Gönnerbeiträge in Aussicht gestellt, hat der Verwaltungsrat dafür zu sorgen, dass ein durchsetzbarer Anspruch begründet wird. Erst dann kann er Gönnerbeiträge als künftig zu erwartende Einnahmen betrachten und im Rahmen der Unternehmensfortführungsprognose entsprechend bewerten. Auf blosser mündlicher Zusage darf sich der Verwaltungsrat nicht verlassen. Zusätzlich hat er zu beachten, dass zugesagte Gönnerbeiträge als Schenkungsversprechen qualifiziert werden können und folglich nur unter Einhaltung der Schriftform – das heisst Unterschriftlichkeit nach Art. 13 f. i.V.m. Art. 243 Abs. 1 OR – gültig vereinbart werden können.<sup>642</sup> Im selben Zusammenhang ist bei Gönnerbeiträgen stets zu prüfen, ob Schenkungssteuern ausgelöst werden.<sup>643</sup>

Doch selbst wenn durchsetzbare Ansprüche auf Gönnerbeiträge für den Zeitraum von mindestens einem Geschäftsjahr gesichert sind, stellt sich die Frage, inwiefern der Verwaltungsrat davon ausgehen darf, Gönnerbeiträge seien regelmässige, geschäftsbedingte Einkünfte und damit Teil der Finanzplanung und des darauf basierenden Budgets. Die Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck hat das langfristige wirtschaftliche Gedeihen des Unternehmens mit Steigerung des Unternehmenswerts zum Ziel (Unternehmensinteresse). Sollen Gönnerbeiträge einen Teil der Unternehmenseinkünfte darstellen, müssen sie eine gewisse Konstanz aufweisen, so dass vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie regelmässig und zwar auf längere Zeit hinaus erzielt werden können. Selbst wenn es über Jahre gelingt, derartige Gönnerbeiträge einzunehmen, ist es nach der hier vertretenen Auffassung nicht vertretbar, sie gleich zu behandeln wie gewöhnliche Einkünfte. Aus aktienrechtlicher Perspektive darf in diesem Sinne nicht erwartet werden, dass die benötigten Gönnerbeiträge fortwährend bei einigen enthusiastisch gesinnten Personen erhoben werden können. Deshalb braucht es «saubere Quellen», aus welchen

---

verbandsrechtliche Pflicht, den Abschluss per 30. April zu erstellen. Siehe Art. 20 Abs. 1 Reglement über die Spielberechtigung in der National League (ehemals National League A) und in der Swiss League (ehemals National League B).

<sup>641</sup> BÖCKLI, Rechnungslegung, N 130.

<sup>642</sup> Vgl. OGer ZH LB110066 vom 12. Juli 2012, wonach die Zusicherung finanzieller Unterstützung eines Verwaltungsrates, ohne vermögensrechtlichen Motivationshintergrund, als Schenkungsversprechen zu qualifizieren ist.

<sup>643</sup> Siehe zur Problematik der Schenkungssteuer hinten N 588 ff.

Einkünfte erzielt werden.<sup>644</sup> Es darf auch bei erfolgreichem Wirtschaften einer Sportaktiengesellschaft nicht einfach angenommen werden, dass Gönnerbeiträge im gleichen Umfang wie bisher oder überhaupt erzielt werden können. Vielmehr sieht es in der Praxis danach aus, dass Gönnerbeiträge eine Folgeerscheinung des wirtschaftlichen Versagens der Sportaktiengesellschaften sind und dass solche Einkünfte erst dann zu fliessen beginnen, wenn ein Klub finanziell nicht mehr aufrecht steht.<sup>645</sup> Es ist kaum vorstellbar, dass eine Sportaktiengesellschaft, die Gewinne erwirtschaftet, Gönnerbeiträge einnehmen kann und diese dann ganz oder teilweise als Dividenden an die Aktionäre ausschüttet. Daher sollte der Verwaltungsrat einer wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft, selbst wenn die Finanzierung kurzfristig gesichert ist, im Rahmen seiner Finanzplanung aktive Massnahmen vorsehen, um die Abhängigkeit von Gönnerbeiträgen zu beseitigen oder in einem ersten Schritt zu reduzieren.

- 249 Schwierig ist die Abgrenzung, wenn Sponsoringverträge mit einem Gönnerbeitrag kombiniert werden, so dass die Leistung des Sponsors höher ist als der Wert der Gegenleistung. Für den Verwaltungsrat bedeutet das, dass er stets prüfen muss, ob ein vergleichbarer Vertrag auch mit einem anderen, nach ökonomischen Gesichtspunkten handelnden Dritten erhältlich wäre.<sup>646</sup>
- 250 Vor allem wenn die Gönner ihrerseits als Aktiengesellschaften mit wirtschaftlichem Endzweck konstituiert sind – was in der Praxis häufig zutreffen dürfte –, ist zu beachten, dass eine Leistung, der keine Gegenleistung mit gleichwertiger Gegenleistung gegenübersteht, als Gewinnausschüttung zugunsten des Anteilsinhabers angesehen werden kann und infolgedessen ein Rückerstattungsanspruch der «Gönnergesellschaft» im Sinne von Art. 678 OR droht.<sup>647</sup>

### cc) Zwischenergebnis

- 251 Gönnerbeiträge sind unentgeltliche Zuwendungen an die Sportaktiengesellschaft, denen keine Gegenleistung gegenübersteht. In der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck darf der Verwaltungsrat Gönnerbeiträge nicht als gewöhnliche, wiederkehrende Einnahmen der Gesellschaft betrachten. Er hat die grundsätzliche Pflicht, Gönnerbeiträge zu reduzieren, denn solange diese für die Finanzierung des Unternehmens erforderlich sind, werden mit grosser Wahrscheinlichkeit auch keine Dividendenausüttungen erfolgen. Der Verwaltungsrat ist zudem gehalten, im Sinne des *Going Concern* dafür zu sorgen, dass – zumindest für die Finanzierung eines Geschäftsjahrs (bzw. einer Saison) – einklagbare Ansprüche für betriebsnotwendige Beträge begründet werden.

---

<sup>644</sup> PETER, La forme juridique des clubs suisses, S. 13.

<sup>645</sup> Vgl. BADDELEY, Gesellschaftsformen für Sportvereinigungen, S. 112.

<sup>646</sup> Er hat nach Grundsatz «*dealing at arm's length*» vorzugehen. Siehe dazu etwa KÄGI, § 5 N 92; SPÖRRI, § 11 N 11.

<sup>647</sup> Vgl. SPÖRRI, § 11 N 108.



## d) Umgang mit Risiken, insbesondere mit dem *Klumpenrisiko*

### aa) Risikomanagement und Klumpenrisiko

Unter dem Begriff Risikomanagement wird die Pflicht des Verwaltungsrates verstanden, geschäftliche Risiken laufend zu erfassen, zu beurteilen und zu bewältigen.<sup>648</sup> Er hat die Gesamtrisikolage und daraus die Risikofähigkeit der Gesellschaft einzuschätzen. Stellt der Verwaltungsrat fest, dass das Gesamtrisiko vom vorhandenen Eigenkapital nicht abgedeckt ist, muss er die erforderlichen Massnahmen ergreifen, um es auf ein tragbares Mass zu reduzieren.<sup>649</sup> Risiken können sich bspw. in Bezug auf die Umsetzung der Strategie, die operative Geschäftstätigkeit oder auf die Veränderung des Umfelds der Unternehmung ergeben.<sup>650 651</sup> Die Professional-Sport-Branche in der Schweiz bewegt sich insgesamt in einem risikobeladenen geschäftlichen Umfeld.<sup>652</sup> Dazu kommt der dem Sportgeschäft immanente «Fan-Faktor», der die Rationalität der Entscheidungsträger zu trüben scheint. Vor diesem Hintergrund drängt sich gerade bei Sportaktiengesellschaften ein formell sorgfältiger Risikomanagementprozess<sup>653</sup> auf.

252

Neben den genannten allgemeinen Risiken ist für Professional-Sportaktiengesellschaften das Abhängigkeitsverhältnis zu einzelnen Personen oder Personengruppen wie bspw. zum Mäzen oder zu einer Gönnervereinigung von praktischer Relevanz und wird vorliegend unter dem Begriff Klumpenrisiko untersucht.<sup>654</sup>

253

### bb) Begriff Klumpenrisiko

Teil der Finanzverantwortung des Verwaltungsrates ist das sorgfältige Verwalten von Vermögen. Dabei hat er auf eine angemessene Risikoverteilung zu achten und Klumpenrisiken zu vermeiden.<sup>655</sup> Er hat darauf zu achten, dass die Gesellschaft über ausreichende Aktiven verfügt, die rechtzeitig realisierbar

254

<sup>648</sup> SCHENKER, Verwaltungsrat in der Praxis, S. 44.

<sup>649</sup> SCHENKER, Verwaltungsrat in der Praxis, S. 45. Vgl. auch GLANZMANN, Kapitalausstattung, S. 52, wonach die *risikogerechte Finanzierung* ein Aspekt der Finanzverantwortung sei.

<sup>650</sup> SCHENKER, Verwaltungsrat in der Praxis, S. 45.

<sup>651</sup> Im professionellen Sport ist das konstant schlechte wirtschaftliche Umfeld ein solches Risiko. Neben der Gesamtrisikolage sind jeweils spezifische operative Risiken zu berücksichtigen. Insbesondere ist auf die kaum vernünftig planbare sportliche Erfolgsprognose hinzuweisen. Siehe dazu vorne N 122 ff.

<sup>652</sup> Siehe zum schlechten wirtschaftlichen Umfeld der Professional-Sportligen vorne N 114 ff.

<sup>653</sup> Ein Risikomanagementprozess kann folgendermassen aussehen: Zuerst muss ein Risiko erkannt werden. Danach sind Gegenmassnahmen zu ergreifen und schliesslich ist die Wirkung der getroffenen Massnahmen und die Entwicklung des Risikos zu überwachen. Massnahmen zur Reduktion von Risiken sind namentlich Versicherungen und der Verzicht auf bestimmte Aktivitäten. Für Sportaktiengesellschaft ist Letzteres von grosser praktischer Bedeutung, wenn es um die Risikoabschätzung bei Entscheiden über Investitionen, bspw. die Verpflichtungen von teuren Spielern, geht. Bereits für «gewöhnliche» Aktiengesellschaft werden Investitionsoptionen aufgrund des natürlichen «*Optimism Bias*» oftmals als zu vielversprechend bewertet. Im Professional-Sport ist diese Gefahr in erster Linie aufgrund des «Fan-Faktors» kaum geringer, zumal der Verwaltungsrat oft eng in Personalentscheide involviert ist und somit nicht die nötige Distanz hat, um eine kritischere Beurteilung einfließen zu lassen. Siehe zum Risikomanagementprozess SCHENKER, Verwaltungsrat in der Praxis, S. 46 ff.

<sup>654</sup> Vgl. HEERMANN, S. 1254 f.

<sup>655</sup> FORSTMOSER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, N 811a.

sind, um die Passiven zu decken.<sup>656</sup> Entscheidend ist die Vermeidung einer zu hohen Risikokonzentration, wie sie selbst dann vorliegen kann, wenn die Bonität des Schuldners nicht als gefährdet erscheint.<sup>657</sup>

- 255 Ob eine Risikokonzentration noch vertretbar ist, ist zu prüfen, indem die Höhe der Forderung gegenüber der Person, zu der die potentielle Abhängigkeit besteht, ins Verhältnis gesetzt wird zu sämtlichen Aktiven der Gesellschaft.<sup>658</sup> Hat die Risikokonzentration das vertretbare Mass überschritten, reicht es nicht, lediglich Rückstellungen zu bilden oder Wertberichtigungen vorzunehmen. Vielmehr hat sich der Verwaltungsrat zu bemühen, die Forderung auf ein vernünftiges Mass zu reduzieren.<sup>659</sup>
- 256 Ursprung des Begriffs Klumpenrisiko und der diesbezüglichen Vermeidungspflicht des Verwaltungsrats ist das Bankenrecht.<sup>660</sup> Im Bankenrecht zielt die Schutzrichtung auf den Schutz der Gläubiger und die Stabilität des Finanzsystems ab.<sup>661</sup> Geht es aber um eine gewöhnliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. OR, kommt ein Finanzsystemschutz nicht in Frage.<sup>662</sup> Die Vermeidung von Klumpenrisiken bei der gewöhnlichen Aktiengesellschaft muss folglich den Schutz der Gesellschaft an sich und somit das Gesellschaftsinteresse im Auge haben.<sup>663</sup> Damit nämlich ein Unternehmen langfristig gedeihen kann, muss es in der Lage sein, den Ausfall einer Einnahmequelle zu verkraften, was bei einem Klumpenrisiko nicht gegeben ist. Für die Beurteilung, ob im konkreten Einzelfall ein Klumpenrisiko besteht, können Elemente wie Bonität des Schuldners, Verhältnis des betreffenden Risikopostens zu frei ausschüttbarem Kapital und zu den gesamten Aktiven sowie die zeitliche Verfügbarkeit und die Höhe von allfälligen Reserven berücksichtigt werden.<sup>664</sup>

### cc) Klumpenrisiko in der Sportaktiengesellschaft

- 257 Das Klumpenrisiko im Finanzsektor – etwa bei der Vermögensanlage durch einen Finanzintermediär<sup>665</sup> – ist mit dem Klumpenrisiko der Sportaktiengesellschaft gegenüber ihrem Mäzen vergleichbar. In beiden Fällen verfügt die Gesellschaft über Forderungen, das heisst Aktivpositionen in der

---

<sup>656</sup> Vgl. BGE 113 II 52 E. 3b S. 57.

<sup>657</sup> Zum Ganzen BGE 113 II 52 E. 3b S. 57 f. m.w.H. Vgl. auch RUSCH, Interzession, S. 177 m.w.H.

<sup>658</sup> RUSCH, Interzession, S. 177.

<sup>659</sup> BGE 113 II 52 E. 3b S. 58; RUSCH, Interzession, S. 177.

<sup>660</sup> Vgl. Art. 4<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG (Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952)): «Die Ausleihungen einer Bank an einen einzelnen Kunden sowie die Beteiligungen an einem einzelnen Unternehmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu ihren eigenen Mitteln stehen.» Vgl. zudem BGE 113 II 52 E. 3b S. 57 f., worin auf Art. 4<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG und auf die Bankenrechtliteratur verwiesen wird. Siehe dazu RUSCH, Interzession, S. 178.

<sup>661</sup> BEG-Kommentar GEIGER, Art. 4<sup>bis</sup> N 1 f.

<sup>662</sup> Beim Klumpenrisiko einer gewöhnlichen Aktiengesellschaft geht es nicht vorrangig um Gläubigerschutz. Der Schutz der Gesellschaftsgläubiger richtet sich grundsätzlich nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen wie bspw. Art. 725 OR sowie nach den Bestimmungen über die Rechnungslegung.

<sup>663</sup> Vgl. Urteil des BGer vom 25. Mai 1981, in: SJ (104) 1982, S. 221 ff., S. 226, wonach bei einer ungesicherten Kontokorrentschuld eines Aktionärs gegenüber der Gesellschaft in der Höhe von drei Fünfteln der Aktiven der Gesellschaft von einer Sorgfaltspflichtverletzung auszugehen ist. Vgl. ferner RUSCH, Interzession, S. 178 f., der in der Interzession im Interesse des Aktionärs ein ähnliches Risiko wie bei Art. 4<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG sieht.

<sup>664</sup> RUSCH, Interzession, S. 180.

<sup>665</sup> Vgl. BGE 99 II 176 E. 1 S. 179 f.

Gesellschaftsbilanz, gegenüber einer einzelnen Person. Ob die Forderung auf einer Vermögensanlage beruht oder ob sich der Mäzen verpflichtet hat, der Sportaktiengesellschaft einen bestimmten Betrag zu zahlen, ist aus bilanzieller Sicht nicht von Belang.<sup>666</sup> Entscheidend ist, dass die Gesellschaft auf die Erfüllung dieser einen Forderung in einem nicht mehr zu vertretenden Ausmass angewiesen ist und diese Abhängigkeit sich auch bei Erfüllung aller anderen Forderungen nicht beheben lässt.

Für eine Sportaktiengesellschaft gibt es keinen Grund, Zuwendungen von Personen, die eine besondere Sympathie für die Gesellschaft haben, abzulehnen. In konkreten Fällen ist es möglich, dass sogar für den vernünftig handelnden Verwaltungsrat kein echter Zweifel darüber besteht, dass der Mäzen den Klub finanziell mittel- bis langfristig unterstützen wird.<sup>667</sup> Die Frage des Unterstützen-*Wollens* unterscheidet sich indessen grundlegend von derjenigen des Unterstützen-*Könnens*.<sup>668</sup> Der Verwaltungsrat hat deshalb die Bonität solcher Personen laufend zu prüfen. Entscheidend ist nicht nur das Vermögen eines Mäzens, sondern auch seine Liquidität, das heisst die Fähigkeit, die zugesicherten Beiträge fristgerecht in Form von flüssigen Mitteln zu überweisen. Erfolgt die Unterstützung über andere Handelsgesellschaften, die unter der Kontrolle des Mäzenen stehen, kommt der Verwaltungsrat nicht darum herum, sich über die finanzielle Lage dieser Gesellschaften ein Bild zu machen und deren wirtschaftliche Situation zu beurteilen. Darüber hinaus hat er sich auch mit dem *Konzernendzweck* – sofern Konzernstrukturen vorliegen – zu befassen<sup>669</sup> und insbesondere Risiken im Hinblick auf nicht gerechtfertigte Leistungen zwischen Schwestergesellschaften zu beachten.<sup>670</sup> Selbst wenn die Bonität als gegeben erscheint und sich der Mäzen vertraglich zur Leistung von Gönnerbeiträgen verpflichtet hat, müssen aufkommende Klumpenrisiken verhindert und bestehende Klumpenrisiken reduziert werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich beim Schuldner um den Gönner selbst handelt und er Mitglied des Verwaltungsrates ist.<sup>671</sup> Da die Unterstützung durch einen Mäzen meist auf persönlichen Motiven beruhen dürfte<sup>672</sup> und somit auch an eine bestimmte natürliche Person gebunden ist, stellt sich zwangsläufig auch die Frage der Nachfolge. Der Tod oder der Verlust der Handlungsfähigkeit des Mäzens kann das plötzliche Versiegen der Geldquelle bedeuten. Der Verwaltungsrat einer Sportaktiengesellschaft hat somit nicht nur die finanzielle Abhängigkeit gegenüber den Gönnern sowie deren Bonität und Liquidität laufend zu prüfen, sondern darüber hinaus und ungeachtet der Bonität und Liquidität sicherzustellen, dass es nicht zu einer übermässigen Risikokonzentration kommt.

258

<sup>666</sup> Gemäss dem Grundsatz der Unternehmensfortführung und aufgrund der verbandsrechtlichen Vorschriften in Bezug auf die Finanzierbarkeit der vollen laufenden Saison ist es üblich, dass Mäzene Zahlungsversprechen bzw. Defizitgarantien abgeben.

<sup>667</sup> Bekannte Mäzene sind etwa beim HC Lugano die Familie Mantegazza, bei den ZSC Lions und den GCK Lions Walter Frey und beim FC Sion Christian Constantin.

<sup>668</sup> Siehe dazu vorne N 129 ff.

<sup>669</sup> Siehe zum Konzernendzweck hinten Kapitel 6, N 888 ff.

<sup>670</sup> In Frage kommen steuerrechtliche Risiken (siehe hinten N 350 ff.) sowie die Gefahr einer Rückerstattungsklage (siehe hinten N 305 ff.).

<sup>671</sup> Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 282.

<sup>672</sup> Dies bspw., weil der Mäzen ein Fan ist und/oder weil er sein persönliches Ansehen in der Öffentlichkeit steigern will.

- 259 Ausgangspunkt einer solchen Prüfung ist der Betrag, den der Mäzen jährlich (direkt oder indirekt) zur Verfügung stellt und als Pendant auf Seiten der Gesellschaft das *Delta*<sup>673</sup> im Budget.<sup>674</sup> Wann von einer unzulässigen Risikokonzentration auszugehen ist, lässt sich nicht allgemein definieren. Hierfür können namentlich folgende Kriterien hinzugezogen werden.
- Höhe des Deltas
  - Höhe des Deltas in Bezug auf den Umsatz
  - Höhe des Deltas im Verhältnis zu den Aktiven der Gesellschaft<sup>675</sup>
  - Abhängigkeiten zwischen den einzelnen Gönnern<sup>676</sup>
- 260 Allgemein formuliert ist die Abhängigkeit von einem Mäzen dann als sorgfaltswidrig zu qualifizieren, wenn bei seinem plötzlichen Ausstieg (ungeachtet des dahinterstehenden Motivs) die Gesellschaft nicht mehr überlebensfähig ist. Zu beachten ist dabei, dass die Korrekturmassnahmen in der Professional-Sportbranche beschränkt sind. Insbesondere die kostenintensivste Bilanzposition, das Spielerkader, kann nicht ohne Weiteres heruntergefahren werden.<sup>677</sup>
- 261 Eine unzulässige Risikokonzentration müsste bejaht werden, wenn eine Sportaktiengesellschaft bei einem Umsatz von ca. CHF 16 Mio. über mehrere Jahre ein durchschnittliches jährliches Defizit von etwa CHF 5 bis 6 Mio. ausweist.<sup>678</sup> Die Präsenz von Klumpenrisiken bei Sportaktiengesellschaften hat sich bereits bei zahlreichen Konkursen im Schweizer Sport gezeigt. Die Konkurse der Servette de Genève

---

<sup>673</sup> Der Begriff *Delta* ist der Mathematik entlehnt, wo das griechische Schriftzeichen grosses Delta als Symbol für Differenz verwendet wird. Bisweilen wird auch von «Sockeldefizit» gesprochen.

<sup>674</sup> Unter einem Delta ist die Differenz zwischen budgetierten Einnahmen und Ausgaben zu verstehen. Vgl. dazu OGer ZH LB11066 vom 12. Juli 2012 E. 3d cc.

<sup>675</sup> Vgl. dazu Urteil des BGer vom 25. Mai 1981, in: SJ (104) 1982, S. 221 ff., S. 223, 227, wonach bei einer ungesicherten Kontokorrentschuld eines Aktionärs gegenüber der Gesellschaft in der Höhe von drei Fünfteln der Aktiven der Gesellschaft von einer Sorgfaltspflichtverletzung auszugehen ist.

<sup>676</sup> Abhängigkeit besteht, wenn das Delta von mehreren Gesellschaften mit je eigenständiger Rechtspersönlichkeit gedeckt wird, diese aber selber bspw. in einem Konzern zusammengefasst sind, in welchem Klumpenrisiken bestehen.

<sup>677</sup> Hegt der Mäzen bspw. sportliche Ambitionen, wird er eine Erhöhung der Ausgabenseite finanzieren, um die Mittel für teure Spieler bereitzustellen (was zu einem Anstieg des Deltas führt). Spielerverträge sind jedoch für gewöhnlich über mehrere Jahre befristete Arbeitsverträge, so dass beim Aussteigen des Mäzens mehrere Geschäftsjahre (bzw. Seasons) erforderlich sein dürften, um die Kostenstruktur des Spielerkaders anzupassen. Immerhin besteht im Fussball die Möglichkeit, über Vertragsauflösungszahlungen sog. Transfergewinne zu erzielen. Ein eigentlicher Handel mit Spielern ist indessen seit dem Bosman-Urteil (Urteil des EuGH vom 15. Dezember 1995 [Rs. C-415/93, Slg. 1995 I-4921]) nicht mehr möglich. Siehe dazu SCHERRER/LUDWIG/MURESAN, S. 69 ff., 367 f.

<sup>678</sup> So beim EHC Kloten in den Jahren 2010 bis 2016. Vgl. NZZ vom 13. März 2016, 49, «In Kloten ist Eishockey seit jeher defizitär», wonach die Saison 2015/2016 mit einem operativen Verlust von ca. CHF 8 Mio. abgeschlossen wird; NZZ vom 14. März 2015, 47, «Der gute Mann vom Schluefweg», wonach der operative Verlust der Saison 2013/2014 CHF 5,85 Mio. beträgt und derjenige der Saison 2014/2015 noch höher erwartet werde; Tagesanzeiger vom 5. September 2014, 46, «Das dramatische Wirken der Flyers-Präsidenten», wonach das Geschäftsjahr 2012/2013 einen operativen Verlust von ca. CHF 4,5 Mio. auswies; NZZ vom 6. Juni 2012, 23, «Die Flugjahre sind vorbei», wonach die Überschuldung des Klubs CHF 8,9 Mio. betrage und die Investoren einen zusätzlichen Finanzierungsbedarf von CHF 6 Mio. errechnet hätten.

Football SA, der Neuchâtel Xamax SA<sup>679</sup> oder der EHC Basel AG sind Beispiele von Sportaktiengesellschaften, die den Ausstieg ihres Mäzens nicht überlebt haben.<sup>680</sup>

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang zudem, dass die Klubs bzw. die Sportaktiengesellschaften in der Zwischensaisonperiode gegenüber dem jeweiligen Dachverband verschiedene Voraussetzungen finanzieller Art erfüllen und im Wesentlichen dartun müssen, dass sie in der Lage sind, über die Dauer der ganzen Spielzeit zu spielen.<sup>681</sup> Steigt ein Mäzen nach Ende der Saison plötzlich aus, kommt zwangsläufig der Druck des Dachverbandes als erschwerendes Element hinzu. Schliesslich sind auch die Sanierungsmöglichkeiten durch verbandsrechtliche Bestimmungen eingeschränkt, indem bspw. die Lizenz zur Teilnahme an der nationalen Meisterschaft nicht auf einen anderen Rechtsträger wie bspw. eine Auffanggesellschaft übertragen werden kann.<sup>682</sup> Wird die Ausgabenseite durch die vom Mäzen zur Verfügung gestellten Mittel derart erhöht, dass bei seinem Ausstieg die Finanzierung für zumindest die nächste Spielzeit nicht mehr möglich wäre, muss der sorgfältig handelnde Verwaltungsrat intervenieren.

Selbst wenn sich die Sportaktiengesellschaft veranlasst sieht, für die Steigerung der Einnahmen gewisse Investitionen zu tätigen, die durch den Mäzen finanziert werden, gefährdet ein Verwaltungsrat, der eine existenzielle Abhängigkeit von einem Mäzen zulässt, die Gesellschaft in einem sorgfaltswidrigen Mass. Realisiert sich das Risiko und geht die Gesellschaft in Konkurs, ist dadurch letztlich auch der wirtschaftliche Endzweck der Gesellschaft vereitelt worden, indem nicht nur keine künftigen Renditen möglich sind, sondern auch das investierte Kapital der Anleger vernichtet wurde. Wird das zulässige Mass an finanzieller Abhängigkeit hingegen nicht überschritten, ist der Wegfall einer Einnahmequelle verkraftbar, so dass die Gesellschaft auch in Zukunft fortbesteht.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Erreicht die Abhängigkeit zu einem Mäzen ein derartiges Ausmass, dass bei seinem plötzlichen Ausstieg nicht mindestens eine weitere Spielzeit finanziert werden kann, ist der Verwaltungsrat ein unzulässiges Risiko eingegangen.

<sup>679</sup> Vgl. Tagesanzeiger vom 9. Februar 2017, 28, «Der befürchtete Scherbenhaufen».

<sup>680</sup> Siehe NZZ vom 24. Juni 2014, 26, «Lichterlöschen».

<sup>681</sup> Würde eine Mannschaft mitten in der Saison aussteigen, wären damit nicht nur finanzielle Konsequenzen für die Vertragspartner des betroffenen Klubs (Saisonkarteninhaber, Sponsoren, Spieler etc.) verbunden. Etliche weitere Personen wären betroffen, so der Verband und dessen Vertragspartner (wie bspw. Sponsoren oder Inhaber von Fernsehübertragungsrechten) oder die gegnerischen Teams und deren Vertragspartner (infolge von abgesagten Spielen). Zudem käme es zu einer Verzerrung des sportlichen Wettbewerbs. Vgl. auch HÜGI, § 8 N 164 ff.

<sup>682</sup> Siehe Art. 11 Ziff. 2 Statuten SIHF: «Einem Klub [...] ist es untersagt, eine Spielberechtigung auf eine Auffanggesellschaft, Holding oder sonst eine mit ihm verbundene Gesellschaft zu beantragen.» So wurde 2012 der konkursreifen EHC Kloten Sport AG die Sanierung über eine Auffanggesellschaft mit Verweis auf die genannte Statutenbestimmung verwehrt. Siehe dazu NZZ vom 16. Mai 2012, 47, «Die Kloten Flyers vor dem Aus».

## 6. Interessenkollision bei Fan-Verwaltungsrat?

- 265 Die Verfolgung von sportlichen Zielen wurde in den vorangegangenen Abschnitten in Bezug auf die aktive Interessenwahrungspflicht untersucht. Es ging um Dispositionen, die aus sportlichen Gesichtspunkten erstrebenswert, jedoch mit dem Unternehmensinteresse nicht vereinbar sind. Daneben ist zusätzlich eine Interessenkollision im Sinne der passiven Komponente der Treuepflicht denkbar. Die passive Komponente verlangt vom Verwaltungsrat, dass er seine eigenen und die Interessen von Dritten gegenüber den Gesellschaftsinteressen hintanstellt.<sup>683</sup> Im Vordergrund stehen hierbei Verhaltensweisen, welche gegenüber der Gesellschaft als illoyal zu qualifizieren sind, weil sie geeignet sind, die Gesellschaft wirtschaftlich zu schädigen.
- 266 Der Sport hat neben seinen wettkampfbezogenen Merkmalen auch eine starke emotionale Komponente. Die Fans sind emotional in einem Masse an ihren Klub gebunden, der weit über eine gewöhnliche Geschäftsbeziehung zwischen einem «Eventveranstalter» und einem Zuschauer hinausgeht.<sup>684</sup> Der Verwaltungsrat kann einerseits selbst ein Fan sein, andererseits kann er der Versuchung erliegen, die Interessen der Fans gegenüber denjenigen der Gesellschaft zu priorisieren.<sup>685</sup> Der Begriff «Fan» impliziert bereits eine Voreingenommenheit bzw. eine Einschränkung der objektiven Urteilkraft.<sup>686</sup> Immer wieder ist in diesem Zusammenhang davon die Rede, dass die Führungsorgane von Sportklubs – ansonsten vernünftige Geschäftsleute – den Realitätssinn verlieren und infolgedessen dazu neigen, für das Erreichen des sportlichen Erfolges ihre Prinzipien über Bord zu werfen und ihr Budget auf ein Level zu erhöhen, das in einem Missverhältnis zu den finanziellen Möglichkeiten steht.<sup>687</sup>
- 267 Lässt sich der Verwaltungsrat statt vom Unternehmensinteresse von seinen eigenen ideellen («fanatischen») Zielen leiten, hat er nichts anderes getan, als persönliche Interessen denjenigen der Gesellschaft voranzustellen. Dasselbe gilt im Hinblick auf die Interessen der Fans, also der Anhängerschaft, welche sich naturgemäss weniger für den Unternehmenserfolg als für den Schlussrang im Klassement interessieren.<sup>688</sup>

---

<sup>683</sup> Siehe zur passiven Komponente der Treuepflicht vorne N 54 f.

<sup>684</sup> Vgl. dazu DIETL/FRANCK, Millisekunden und Milliarden, S. 50 f.; PACHMANN, S. 66 f. zur (Un-)Möglichkeit, Fans von andern Klubs als Kunden abzuwerben.

<sup>685</sup> Vgl. SCHWEIGHAUSER, S. 105, wonach (Fussball)-Fans die wichtigste Stakeholder-Kategorie für eine Fussballaktiengesellschaft seien.

<sup>686</sup> Gemäss Duden ist unter einem «Fan» ein «begeisterter Anhänger» zu verstehen. «Fan» stammt aus dem Englischen und ist eine Verkürzung von *fanatic*. Der Begriff *fanatic*, zu Deutsch «Fanatiker», mit der Bedeutung «sich leidenschaftlich, mit blindem Eifer (und rücksichtslos) für etwas einsetzend, von Fanatismus erfüllt» hat seine Herkunft wiederum im lateinischen Begriff *fanaticus* mit der Bedeutung «von der Gottheit ergriffen und in rasende Begeisterung versetzt.»

<sup>687</sup> ZEN-RUFFINEN, Droit du Sport, N 124. Vgl. auch SUMMERER, S. 60; SCHÄFER, S. 36. Aus der Medienberichterstattung etwa NZZ vom 26. April 2012, 21, «Vernunft ausser Kraft gesetzt», wonach im Sport immer wieder Personen zu finden seien, die darin ihre Eitelkeit und ihren Geltungsdrang ausleben könnten und dabei unkalkulierbare Risiken eingingen.

<sup>688</sup> Die Fans als Anhängerschaft können in diesem Sinne als spezielle Kategorie von Gläubigern und somit von Stakeholdern betrachtet werden. Stakeholder-Interessen sind indessen nur innerhalb des Unternehmensinteresses zu berücksichtigen. Siehe zum Unternehmensinteresse vorne N 74 ff.

Im Unterschied zu den «gewöhnlichen» Fallgruppen der passiven Komponente der Treuepflicht<sup>689</sup> geht es im hier beschriebenen Kontext nicht um wirtschaftliche Interessen, sondern darum, dass nichtwirtschaftliche, ideelle und namentlich sportliche Interessen des Verwaltungsrats oder gesellschaftsfremder Dritter in unzulässiger Weise bevorzugt werden. Diese unzulässige Bevorzugung stellt aber gleichzeitig eine Verletzung der aktiven Interessenwahrungspflicht dar, da jeder Verstoss gegen die passive Komponente der Treuepflicht auch als Verstoss gegen deren aktive Komponente formuliert werden kann.<sup>690</sup>

268

Ob das Unternehmensinteresse durch einen Verstoss gegen die aktive Interessenwahrungspflicht oder durch einen solchen gegen die passive Komponente der Treuepflicht beeinträchtigt wird, ist im Ergebnis – namentlich im Hinblick auf eine Haftung nach Art. 754 OR – bedeutungslos. Von Bedeutung könnte die Fan-Eigenschaft eines Verwaltungsrats jedoch im Rahmen eines Übernahmeverschuldens bei Annahme des Verwaltungsratsmandats sein.<sup>691</sup>

269

## 7. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung

Die pflichtwidrige Verfolgung von rein sportlichen Zielen und die mangelhafte Wahrnehmung der Finanzverantwortung durch den Verwaltungsrat können Verstösse gegen die aktive Interessenwahrungspflicht im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR begründen. Daneben riskiert der Verwaltungsrat, sich strafbar zu machen und im Konkursfall für öffentlich-rechtliche Forderungen wie Sozialleistungen und Steuern in Anspruch genommen zu werden.<sup>692</sup> <sup>693</sup> Eine Verletzung der aktiven Interessenwahrungspflicht im Zusammenhang mit einer pflichtwidrig getätigten Disposition kann aber auch weitere Rechtsfolgen nach sich ziehen. Im Folgenden sind mögliche Rechtsfolgen zu prüfen.

270

### a) Zivilrechtliche Haftung im Besonderen

#### aa) Haftung nach Art. 754 OR

In erster Linie haften der Verwaltungsrat und die mit der Geschäftsführung befassten Personen gegenüber den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden, den sie durch Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 OR).<sup>694</sup> Die Ausübung des Verwaltungsratsmandats zu nicht marktkonformer Honorierung oder gar ohne Entgelt befreit den Verwaltungsrat weder von seinen gesetzlichen

271

<sup>689</sup> Siehe zur passiven Komponente der Treuepflicht vorne N 54 ff.

<sup>690</sup> Siehe zur aktiven Komponente der Treuepflicht vorne N 56.

<sup>691</sup> Siehe dazu sogleich N 275 ff.

<sup>692</sup> Vgl. VGer FR 5S 98 560, Entscheid vom 20 Dezember 2002, wonach die Organe des HC Fribourg-Gottéron zur Leistung eines sechststelligen Betrags verpflichtet wurden (wobei der HC Fribourg-Gottéron damals als Verein i.S.v. Art. 60 ff. ZGB organisiert war, was gemäss E. 6c aber für eine Haftung aus Art. 52 AHVG keine Rolle spielt). In gleicher Weise wurden ehemalige Vorstandsmitglieder des EHC Kloten belangt. Siehe EVGE vom 15. September 2004 abgedruckt in CaS, S. 261 ff., mit Kommentar von HANS M. RIEMER. Vgl. auch MÜLLER/SCHMID. S. 235 FN 20 m.w.H.

<sup>693</sup> Siehe zur Haftung des Verwaltungsrats vorne N 81 ff.

<sup>694</sup> Siehe dazu vorne 81 ff.

Pflichten noch vor der Organhaftung. Lediglich im Rahmen von Art. 99 Abs. 2 und Art. 43 f. OR ist eine Reduktion der Haftung unter dem Aspekt der Schadensbemessung möglich.<sup>695</sup>

### **bb) Besondere Bedeutung der Reputation im Sport**

- 272 Es ist Teil der aktiven Interessenwahrungspflicht des Verwaltungsrats, bei der Geschäftsführung sorgfältig und vernünftig zu agieren. Risiken zu prüfen, zu bewerten und in vertretbarem Ausmass einzugehen, gehört naturgemäss zur ordentlichen Geschäftsführungstätigkeit. Die Gerichte haben bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden, die – im Sinne der *Business Judgment Rule*<sup>696</sup> – auf einwandfreien Entscheidprozessen fussen, Zurückhaltung zu üben.<sup>697</sup> Massgeblich bleibt aber das wirtschaftlich geprägte Unternehmensinteresse und mithin auch die Reputationspflege. Gerade dort, wo sportlicher Erfolg den wirtschaftlichen Erfolg nicht begünstigt (bei rein sportlichen Zielen), besteht für einen Sportklub am ehesten Raum, sein Image aufzupolieren.
- 273 Für einen Sportklub ist die Reputation von besonderer Tragweite, denn sein wirtschaftlicher Erfolg hängt auch davon ab, ob Zuschauer und Sponsoren sich mit ihm identifizieren können.<sup>698</sup> Um das wertvolle Gut Reputation zu pflegen, betreiben insbesondere börsenkotierte Unternehmen ein eigentliches Reputationsmanagement.<sup>699</sup> Auch ein Sportunternehmen ist gut beraten, seinen Ruf aktiv zu pflegen. Will eine Unternehmung langfristig Erfolg haben, sollte sie sich auch verantwortungsbewusst gegenüber ihrem Umfeld verhalten. Nur so kann sie eine nachhaltige Strategie im Sinne des Unternehmensinteresses verfolgen.<sup>700</sup> Mit der Frage, inwiefern die Interessen des unternehmerischen Umfelds im Sinne von sozialer Verantwortung berücksichtigt werden dürfen, beschäftigt sich die Lehre<sup>701</sup> unter dem Begriff *Corporate Social Responsibility (CSR)*. Die Pflege der Reputation legitimiert den Verwaltungsrat und verpflichtet ihn gleichzeitig, die Interessen Dritter zu berücksichtigen.<sup>702</sup> Gerade im Sport wird in diesem Zusammenhang die Förderung von sozialen Zielen gefordert, bspw. Pflege des Nachwuchses, Vorbildfunktion für die Jugend und Fair Play.<sup>703</sup>
- 274 Die Verfolgung von sportlichen Zielen kann, obschon kein direkter ökonomischer Vorteil für die Gesellschaft erzielt wird, unter dem Aspekt der Reputationspflege gerechtfertigt sein und demnach dem Unternehmensinteresse entsprechen.<sup>704</sup>

---

<sup>695</sup> Urteil des BGer 4A\_373/2015 vom 26. Januar 2016 E. 3.2.3.

<sup>696</sup> Siehe zur *Business Judgment Rule* vorne N 82 f.

<sup>697</sup> Siehe dazu vorne N 82 f.

<sup>698</sup> Vgl. ZÖLCH, S. 102.

<sup>699</sup> FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation, S. 206.

<sup>700</sup> FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation, S. 201 f.

<sup>701</sup> Etwa FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, S. 703 ff.; FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation, 198 ff.; WATTER/SPILLMANN, S. 94 ff.

<sup>702</sup> Vgl. WATTER/SPILLMANN, S. 115.

<sup>703</sup> ZÖLCH, S. 102.

<sup>704</sup> So kann bspw. die regionale Unterstützung von anderen Nachwuchsorganisationen als des eigenen Stammvereins die Reputation steigern.



**cc) Übernahmeverschulden im Besonderen**

Wer ein Verwaltungsratsmandat annimmt oder weiterführt, obschon er der Aufgabe nicht gewachsen ist, handelt pflichtwidrig (Übernahmeverschulden).<sup>705</sup> Das gilt auch für einen Verwaltungsrat, der bspw. nicht in der Lage ist, sich gegen einen einflussreichen Geschäftsführer durchzusetzen.<sup>706</sup> Ein Übernahmeverschulden kann durch das Fehlen der nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten begründet sein oder aber auf psychologischen Motiven sowie rein ideellen Gründen fussen.<sup>707</sup> Entscheidend ist, dass der Verwaltungsrat aus Gründen, die in seiner Person liegen, nicht in der Lage ist, das Verwaltungsratsmandat gemäss den gesetzlichen Pflichten nach Art. 717 Abs. 1 OR auszuüben, und dass er sich dessen bewusst ist bzw. sein müsste.

275

Der Verwaltungsrat einer wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft, der selbst ein grosser Fan<sup>708</sup> ist, ist unter Umständen nicht in der Lage, das Unternehmensinteresse seinem eigenen Fan-Interesse voranzustellen.<sup>709</sup> In der Rechtsrealität dürften sich in den Verwaltungsräten der Sportaktiengesellschaften zahlreiche solche «Fans» finden lassen.<sup>710</sup> Teilweise wird versucht, das persönliche Prestige durch sportlichen Erfolg statt durch Wahrung des Unternehmensinteresses zu erhöhen. Die Frage nach solchen inneren Konflikten stellt sich immer dann, wenn der Verwaltungsrat aufgrund des gleichzeitigen Verfolgens eigener Interessen dazu neigen könnte, sein Amt anders auszuüben, als wenn diese eigenen Interessen nicht vorliegen würden.<sup>711</sup>

276

Das Übernahmeverschulden ist letztlich nichts anderes als eine Verletzung von Art. 717 Abs. 1 OR zum Zeitpunkt der Mandatsannahme. Der Fan, der sich in den Verwaltungsrat einer Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck wählen lässt, muss sich zuerst die Frage stellen, ob er trotz seines «Anhängersherzens» in der Lage ist, seine gesetzlichen Pflichten wahrzunehmen.

277

**b) Strafbarkeit**

Bei der Verfolgung eines Endzwecks, der nicht dem statutarisch vorgeschriebenen entspricht, stellt sich auch die Frage nach einer allfälligen Strafbarkeit der handelnden Organe. Vorweg ist in Erinnerung zu rufen, dass nicht etwa die Aktionäre und auch nicht der Mäzen Eigentümer der Gesellschaftsmittel sind, sondern die Gesellschaft selbst als von ihrem Gesellschafter unabhängiges und verselbständigtes Rechtssubjekt.<sup>712</sup> Prüfwert sind im Kontext der vorliegenden Arbeit Art. 158, 153 und 152 StGB.

278

<sup>705</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 563.

<sup>706</sup> Urteil des BGer 4A\_373/2015 vom 26.1.2016 E. 3.2.1.

<sup>707</sup> SOMMER, S. 89. Ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 641.

<sup>708</sup> Siehe zum Begriff «Fan» und dessen Herkunft vorne N 266.

<sup>709</sup> Siehe zur Interessenkollision beim Fan-Verwaltungsrat vorne N 266 ff.

<sup>710</sup> Vgl. HÄUPTLI, S. 167 f.

<sup>711</sup> SOMMER, S. 88.

<sup>712</sup> Siehe zur Verselbständigung der Aktiengesellschaft vorne N 8.

**aa) Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)**

- 279 Der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird. Die für eine Aktiengesellschaft handelnden Organe können sich demnach strafbar machen, wenn sie durch eine pflichtwidrige Disposition die Gesellschaft schädigen. Die Pflichtwidrigkeit im Sinne von Art. 158 StGB ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Lichte des jeweiligen Grundverhältnisses zu prüfen, das sich bspw. aus gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen, aber auch aus Statuten, Reglementen und Beschlüssen der Generalversammlung sowie aus dem Gesellschaftszweck ergibt.<sup>713</sup> Der Endzweck als Teil des Gesellschaftszwecks übt einen massgeblichen Einfluss auf die jeweiligen Pflichten eines Gesellschaftsorgans aus. Er bestimmt unter anderem, welche Dispositionen aus Sicht der Gesellschaft noch vertretbar sind und welche nicht. Dispositionen, die – unter Berücksichtigung der *Business Judgment Rule* – nicht mehr mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar sind, können eine Strafbarkeit im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nach sich ziehen.<sup>714</sup>
- 280 Verfolgt eine Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck rein sportliche Ziele, setzt sich der für sie handelnde Verwaltungsrat einem strafrechtlichen Risiko aus, denn Dispositionen für rein sportliche Ziele sind mit dem wirtschaftlichen Endzweck nicht vereinbar.<sup>715</sup>

**bb) Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden (Art. 153 StGB)**

- 281 Art. 26 HRegV statuiert das Wahrheitsgebot im Handelsregisterrecht. Demnach müssen Eintragungen im Handelsregister wahr sein und dürfen nicht zu Täuschung Anlass geben oder einem öffentlichen Interesse widersprechen. Jede spätere Änderung von Tatsachen, die im Handelsregister eingetragen sind, ist ebenfalls einzutragen.<sup>716</sup> Art. 153 StGB gewährt dem handelsregisterrechtlichen Wahrheitsgebot strafrechtlichen Schutz, wonach sich derjenige strafbar macht, der eine Handelsregisterbehörde zu einer unwahren Eintragung veranlasst oder eine eintragungspflichtige Tatsache verschweigt.<sup>717</sup>
- 282 Bei Auseinanderfallen des statutarischen und des tatsächlich verfolgten Zwecks wird in gewisser Weise eine unwahre Tatsache im Handelsregister aufgeführt. Sofern eine irreführende Angabe über den Endzweck wissentlich erfolgt, kommt ein Verstoß gegen Art. 26 HRegV und Art. 937 OR und somit auch ein strafbares Verhalten nach Art. 153 StGB in Betracht.<sup>718</sup> Fraglich ist indessen, ob das handelsregisterrechtliche Wahrheitsgebot im Sinne von Art. 26 HRegV dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip zu

---

<sup>713</sup> Urteil des BGer 6B\_24//2014 vom 4. Dezember 2014 E. 2.5.3.

<sup>714</sup> Vgl. BGE 97 IV 10. Siehe auch DONATSCH, S. 169; HOMBURGER, Art. 717 N 817.

<sup>715</sup> Siehe zum Ganzen STEININGER, S. 283 ff.

<sup>716</sup> Art. 27 HRegV und Art. 937 OR.

<sup>717</sup> Zudem ist die Handelsregisterbehörde gestützt auf Art. 943 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 Abs. 5 lit. d bzw. 153b Abs. 1 lit. e bzw. 165 HRegV berechtigt, Ordnungsbussen gegen die zur Eintragungsanmeldung verpflichteten Organe auszusprechen.

<sup>718</sup> Vgl. JÖRG, Vorratsgründung und Mantelhandel, S. 46.

genügen vermag, zumal das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibt, der nichtwirtschaftliche Endzweck sei im statutarischen Zweckartikel bzw. in den Statuten festzuhalten.<sup>719</sup>

Wollen die Organe der endzweckwidrig handelnden wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaften das Risiko einer Strafbarkeit gemäss Art. 153 StGB nicht auf sich nehmen, haben sie dafür zu sorgen, dass die der Wahrheit entsprechenden Tatsachen statutarisch verankert und zum Eintrag in das Handelsregister angemeldet werden.<sup>720</sup>

283

### cc) Unwahre Angaben über kaufmännisches Gewerbe (Art. 152 StGB)

Weiter ist durch das faktische Verfolgen eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks auch eine Strafbarkeit der Organe nach Art. 152 StGB denkbar. Strafbar ist nach dieser Bestimmung namentlich ein Verwaltungsrat, der in öffentlichen Bekanntmachungen, Berichten oder Vorlagen an die Gesamtheit der Gesellschafter unwahre oder unvollständige Angaben macht, die einen anderen zu einer schädigenden Disposition veranlassen könnten. Dass dabei ein Schaden eintritt, ist nicht erforderlich.<sup>721</sup> Eine Strafbarkeit nach 152 StGB könnte ein Organ einer Sportaktiengesellschaft bspw. dann treffen, wenn in einer öffentlichen Mitteilung um Aktionäre für eine Kapitalerhöhung geworben wird und dabei der Eindruck entsteht, das Kapital werde zur Verfolgung des wirtschaftlichen Endzwecks eingesetzt. Tatsächlich wäre den verantwortlichen Organen jedoch klar, dass die frischen Mittel für rein sportliche Ziele verwendet würden.

284

### dd) Weitere Straftatbestände

Neben den drei genannten Straftatbeständen ist die Relevanz des Endzwecks auch bei der Privatbestechung (Art. 4a UWG) denkbar.<sup>722</sup> In Frage kommen auch Steuerstraftdelikte bei falscher Deklaration durch den Verwaltungsrat,<sup>723</sup> und schliesslich kann sich der Endzweck auch auf Konkurs- und Betreibungsdelikte im Sinne von Art. 163 ff. StGB auswirken.<sup>724</sup>

285

<sup>719</sup> Vgl. JÖRG, Vorratsgründung und Mantelhandel, 44 f., wonach ein falscher Zweck gegen das Wahrheitsgebot und das Täuschungsgebot verstösst, wie das bspw. bei der Vorratsgründung der Fall sei.

<sup>720</sup> Für den Verwaltungsrat kann dies auch bedeuten, dass er eine Statutenänderung initiieren muss.

<sup>721</sup> Urteil des BGer 6B\_484/2011 vom 13. Oktober 2011 E. 5.3.

<sup>722</sup> Werden bspw. rein sportlich motivierte Zuwendungen getätigt, die im Lichte des wirtschaftlichen Endzwecks nicht gerechtfertigt sind, bleibt die Frage nach der dahinter stehenden Motivation offen. Fehlt es an einer *causa*, kommen mithin auch strafrechtlich verpönte Motive in Frage. Die Zuwendung einer Sportaktiengesellschaft an einen Sportverein aus der Region kann unter Umständen im Sinne von Art. 4a UWG als ungebührlicher Vorteil interpretiert werden.

<sup>723</sup> Vgl. Art. 55 ff. StHG; Art. 174 ff. DBG; Art. 45 ff. StG; Art. 61 ff. VStG. Steuerstrafrechtliche Bedenken könnten bspw. dann aufkommen, wenn die Sportaktiengesellschaft auf Weisung des Mäzens hin fremde Sportorganisationen ohne Gegenleistung unterstützt, statt formell korrekt eine Dividende an den Mäzen zu beschliessen, der dann in eigenem Namen und nach erfolgter Besteuerung die Zuwendung anderen Sportorganisationen zukommen lässt.

<sup>724</sup> Denkbar ist, dass das Verhalten der Organe bei Straftatbeständen wie Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB) und Misswirtschaft (Art. 165 StGB) bei einer Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck strenger beurteilt wird als bei einer juristischen Person mit nichtwirtschaftlichem Endzweck.

**c) Vertretungsmacht**

- 286 Gemäss Art. 718a Abs. 1 OR sind die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen legitimiert, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Von der Vertretungsmacht nicht abgedeckt sind allerdings nur diejenigen Rechtshandlungen, welche vom Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen werden.<sup>725</sup> Nicht jede Disposition braucht aus ökonomischen Gesichtspunkten sinnvoll oder nützlich zu sein. Auch ungewöhnliche Geschäftsentscheide sind, sofern ein vertretbarer Hintergrund denkbar bleibt, vom Gesellschaftszweck gedeckt.<sup>726</sup> Selbst Schenkungen können bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft angezeigt oder zumindest nicht ausgeschlossen sein, kann es sich dabei doch bspw. um Werbegeschenke oder andere Gesten, die der Beziehungspflege dienen, handeln.<sup>727</sup> Lediglich Extremfälle, die dem Gesellschaftszweck diametral zuwiderlaufen, rechtfertigen eine Ungültigkeit *ex tunc*.<sup>728</sup> Das heisst indessen nicht, dass der Endzweck überhaupt keinen Einfluss auf die Vertretungsmacht haben kann. Eine Handlung, die einem reinen Vermögensabgang bei der Gesellschaft gleichkommt und auf keinem geschäftlichen Hintergrund beruht, ist *endzweckwidrig*.<sup>729</sup>
- 287 Dient eine Disposition, bspw. die finanzielle Unterstützung einer regionalen Nachwuchsorganisation, nicht dem Interesse der Gesellschaft, stellt sich die Frage, ob das disponierende Organ überhaupt befugt ist, im Namen der Gesellschaft ein solches Rechtsgeschäft einzugehen. Dass eine Sportaktiengesellschaft sportliche Ziele verfolgt, ist vom Gesellschaftszweck (im Sinne des Tätigkeitsfelds) zweifellos gedeckt. Ob die konkrete Disposition aber auch mit dem wirtschaftlichen Endzweck vereinbar ist, ist eine gesellschaftsinterne Frage, welche die Vertretungsmacht nach aussen grundsätzlich nicht berührt. Das Engagieren eines spektakulären Spielers<sup>730</sup> ist bspw. ohne Weiteres vom Gesellschaftszweck gedeckt. Auch die finanzielle Unterstützung der Nachwuchsorganisation ist bei abstrakter und objektiver Betrachtungsweise nicht von vorneherein ausgeschlossen. Die komplexe vertragliche Beziehung und die gegenseitige Abhängigkeit zwischen Sportaktiengesellschaft und Stammverein<sup>731</sup> kann sogar ein gelegentliches Abweichen von rein ökonomischen Überlegungen rechtfertigen.<sup>732</sup>
- 288 Sportlich motivierte Dispositionen sind folglich in der wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft nicht gänzlich ausgeschlossen, auch wenn sie im Einzelfall dem Endzweck widersprechen. Abgesehen von Extremfällen besteht daher kein Anlass, wegen endzweckwidrigen Verfolgens sportlicher Ziele auf fehlende Vertretungsmacht oder die prinzipielle Ungültigkeit zu schliessen.

---

<sup>725</sup> BGE 111 II 284 E. 3b S. 288 ff. Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 497 m.w.H.

<sup>726</sup> SPÖRRI, § 11 N 121.

<sup>727</sup> Vgl. SPÖRRI, § 11 N 126.

<sup>728</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 497.

<sup>729</sup> Damit ist indessen nicht die Zuwendung an einen Aktionär gemeint, denn dieser hat bei der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck einen Anspruch auf den Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR). Bei der Gewinnausschüttung an den Aktionär handelt es sich um einen Vorgang, der an sich legal ist. Die Illegalität kann sich indessen durch Missachtung der Ausschüttungsvorschriften ergeben.

<sup>730</sup> Siehe zum spektakulären Spieler hinten N 219.

<sup>731</sup> Siehe zum Verhältnis zwischen Sportaktiengesellschaft und Stammverein vorne N 223 ff.

<sup>732</sup> In Extremfällen wäre dies jedoch denkbar. Vgl. dazu BGE 100 II 384 E. 2b S. 390 f.

## 8. Zwischenergebnis und Würdigung

Wie gezeigt werden konnte, steht die Verfolgung von rein sportlichen Zielen im Widerspruch zum wirtschaftlichen Endzweck. Verfolgt der Verwaltungsrat dennoch solche Ziele, verletzt er seine aktive Interessenwahrungspflicht und haftet nach Art. 754 OR. Ebenso stellt die endzweckwidrige Wahrnehmung der Finanzverantwortung eine Pflichtverletzung dar. Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit kann sich zudem ergeben, wenn das Verwaltungsratsmandat von einer Person angenommen wird, die aufgrund ihrer Faneigenschaft nicht in der Lage ist, die Organfunktion pflichtgemäss wahrzunehmen. Neben der zivilrechtlichen Haftung kann sich der endzweckwidrig handelnde Verwaltungsrat der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB strafbar machen. Des Weiteren kann die faktische Endzweckänderung unter Umständen den Tatbestand von Art. 152 StGB (unwahre Angaben über kaufmännisches Gewerbe) oder denjenigen von Art. 153 StGB (unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden) erfüllen. Grundsätzlich sind jedoch rein sportliche Dispositionen von der Vertretungsmacht der handelnden Organe gedeckt, selbst wenn sie im Widerspruch zum wirtschaftlichen Endzweck stehen.

289

Der Verwaltungsrat einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft, die faktisch eine endzweckwidrige Geschäftspolitik verfolgt, setzt sich demnach haftungs- und strafrechtlichen Risiken aus. Wird die endzweckwidrige Geschäftsführung vom Mäzen diktiert, bleibt dem Verwaltungsrat – will er sich keinem zivil- oder strafrechtlichen Risiko aussetzen – nichts anderes übrig, als sein Mandat niederzulegen. Eine Alternative stellt einzig die Endzweckänderung hin zu einem nichtwirtschaftlichen oder gemischten Endzweck dar, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird.

290

## III. Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für die Aktionäre

### Vorbemerkung

Die Priorisierung von sportlichen gegenüber wirtschaftlichen Interessen kann sich nicht nur für den Verwaltungsrat als problematisch erweisen. Auch für die Aktionäre können sich daraus einschneidende Konsequenzen ergeben. Als wirtschaftlich Berechtigte an der Sportaktiengesellschaft ist es für sie von zentraler Bedeutung, ob das Unternehmen rentabel ist und der Unternehmenswert gesteigert wird oder ob die Gesellschaft ihr unternehmerisches Potential in sportliche Ziele investiert.

291

Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren sich zunächst auf den Endzweck und das damit verbundene Vermögensrecht des Aktionärs (1.). Andere Aktionärsrechte wie bspw. Informations- und Kontrollrechte<sup>733</sup> sowie Mitwirkungsrechte<sup>734</sup> sind grundsätzlich nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Klagerechte sind dort von Relevanz, wo eine Verletzung des Vermögensrechts auszumachen

292

<sup>733</sup> Etwa Art. 662 ff. (Recht auf Bekanntgabe des Geschäftsberichts) und 696 f. OR (Kontrollrechte).

<sup>734</sup> Etwa Art. 689 ff. (persönliche Mitgliedschaftsrechte) und 699 Abs. 3 OR (Recht auf Einberufung der Generalversammlung).

ist.<sup>735</sup> Sodann ist darauf einzugehen, welche Bedeutung und Folgen das endzweckwidrige Verfolgen von sportlichen statt wirtschaftlichen Zielen für die Aktionäre haben kann. Neben der Verantwortlichkeitsklage (2.) ist insbesondere zu prüfen, ob sich ein Aktionär gegen Generalversammlungsbeschlüsse zur Wehr setzen (3.) und ob er eine Rückerstattungsklage gegen einen Begünstigten ins Auge fassen kann (4). Daran anschliessend wird erörtert, ob eine endzweckwidrig handelnde Sportaktiengesellschaft überhaupt den rechtlichen Weiterbestand beanspruchen kann (5.), und schliesslich ist auf die faktische Organschaft einzugehen (6.).

## 1. Verletzung von Art. 660 Abs. 1 OR

- 293 Der Aktionär der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck hat einen unentziehbaren Anspruch auf Anteil am Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR) und damit zusammenhängend auf gewinnstrebige Geschäftsführung.<sup>736</sup> Die Bevorzugung von sportlichen Interessen, aber auch die defizitäre bzw. auf Gönnerbeiträgen basierende Finanzplanung können auf die Aufgabe der gewinnstrebigen Geschäftsführung hinauslaufen und den wirtschaftlichen Endzweck beeinträchtigen oder ganz aufheben. Die Verletzung des Rechts auf Anteil am Bilanzgewinn und auf gewinnstrebige Geschäftsführung realisiert sich unabhängig von der möglicherweise gar nicht vorhandenen Gewinnerzielungsabsicht einzelner Aktionäre. Die Aktiengesellschaft ist gegenüber ihren Gesellschaftern in persönlicher Hinsicht verselbständigt und der Aktionär kann gesellschaftsrechtlich zu nichts ausser der Leistung des Einlagebetrages verpflichtet werden (Art. 680 Abs. 1 OR). Darum kann es grundsätzlich auch keine Rolle spielen, ob der Aktionär sofort, mittelfristig, langfristig oder gar nie ein Interesse an einem vermögensrechtlichen Vorteil bekundet.<sup>737</sup> Die innere Haltung des Aktionärs, auf Gewinn zu verzichten, ist faktischer Natur und hat gegenüber der Gesellschaft insofern keine rechtliche Wirkung, als der Aktionär aus seiner Aktionärsstellung heraus nicht auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen kann.<sup>738</sup> Ein gültiger Verzicht auf den Anspruch gemäss Art. 660 Abs. 1 OR wäre nur im Rahmen der Endzweckänderung, das heisst bei Aufgabe der Gewinnstrebigkeit im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR möglich.<sup>739</sup>
- 294 Da in der Praxis häufig der Hauptaktionär die sportliche Strategie mitbestimmt und die dafür fehlenden Mittel einschiesst, ist er sich völlig im Klaren darüber, dass die Gesellschaft keinen Gewinn erwirtschaften wird. Es entspricht auch dem verbreiteten Erscheinungsbild, dass sowohl Gross- als auch Kleinaktionäre von Sportaktiengesellschaften ihre Beteiligung nicht aus wirtschaftlichen Überlegungen, sondern aufgrund ihrer Sympathie zum Klub erwerben und halten.<sup>740</sup> Die nachfolgenden Ausführungen zielen

---

<sup>735</sup> So bspw. bei der Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 754 OR.

<sup>736</sup> Siehe dazu vorne N 25 f.

<sup>737</sup> Eine solche Willenserklärung des Aktionärs gibt es im Aktienrecht nicht. Abgesehen davon kann sich der Wille eines Aktionärs jederzeit ändern – nicht nur im Falle einer Sukzession.

<sup>738</sup> Beansprucht er einen Sitz im Verwaltungsrat (formelles Organ) oder nimmt er faktisch an der Entscheidungsfindung teil (faktisches Organ), treffen ihn dieselben Rechte und Pflichten wie jedes Organ, siehe dazu sogleich N 317.

<sup>739</sup> Siehe zur Endzweckänderung hinten N 538 ff.

<sup>740</sup> Solche Aktien werden ausserhalb der Fachsprache auch Herz- oder Liebhaber-Aktien genannt, siehe SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 155.

somit in erster Linie auf den Minderheitenschutz und auf die Frage ab, wie sich ein Minderheitsaktionär gegen eine vom Hauptaktionär durchgesetzte *faktische Endzweckänderung* zur Wehr setzen bzw. darauf reagieren kann.

## 2. Verantwortlichkeitsklage

Die Verletzung der aktiven Interessenwahrungspflicht kann zu einer Haftung des Verwaltungsrats und aller mit der Geschäftsführung befassten Personen nach Art. 754 OR gegenüber der Gesellschaft, den Gesellschaftsgläubigern und jedem einzelnen Aktionär führen. Haftungsvoraussetzungen sind Vorliegen eines Schadens,<sup>741</sup> Widerrechtlichkeit,<sup>742</sup> adäquater Kausalzusammenhang<sup>743</sup> und Verschulden.<sup>744</sup> Das Verfolgen von endzweckwidrigen Interessen stellt einen schuldhaften Verstoss gegen Art. 717 Abs. 1 OR dar und ist als widerrechtlich zu qualifizieren. Die übrigen Voraussetzungen (adäquater Kausalzusammenhang und Schaden) können nur anhand des konkreten Einzelfalls geprüft werden. Prozessuale Schwierigkeiten dürfte vor allem der Schadensnachweis bereiten, dies insbesondere deshalb, weil sportliche Zielverfolgung durchaus einen positiven Einfluss auf das wirtschaftliche Ergebnis haben kann und die Abgrenzung zwischen gewöhnlichen sportlichen Zielen und *rein sportlichen Zielen*<sup>745</sup> sich als äusserst schwierig erweisen kann.

Die Frage, *wann* und *wie* ein Aktionär eine Schadenersatzklage gegen ein Organ erheben kann, ist unterschiedlich zu beantworten, je nachdem, ob es um einen *direkten* (unmittelbaren) oder *indirekten* (mittelbaren) Schaden geht und ob der Anspruch innerhalb des Konkurses (nach Konkurseröffnung) oder ausserhalb (vor Konkurseröffnung) geltend gemacht wird.<sup>746</sup> Der Schaden ist *mittelbar*, wenn die Gesellschaft direkt geschädigt und der Aktionär durch die Wertminderung seiner Beteiligung indirekt geschädigt ist (Reflexschaden).<sup>747</sup> *Unmittelbar* ist der Schaden dann, wenn er sich direkt auf das Aktionärsvermögen auswirkt.<sup>748</sup>

Durch endzweckwidriges Verhalten der Organe vor Konkurseröffnung wird in erster Linie die Gesellschaft geschädigt, indem aufgrund der pflichtwidrigen Disposition eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens eintritt. Der Aktionär erleidet dabei insofern einen Schaden, als seine Beteiligung durch das pflichtwidrige Verhalten an Wert verliert. In solchen Fällen gilt nach haftpflichtrechtlichen

<sup>741</sup> Siehe zum Schadensbegriff Urteil des BGer 4A\_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.1: «Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.»

<sup>742</sup> Widerrechtlich sind nicht nur Verstösse gegen das Gesetz, sondern auch solche gegen die Statuten, siehe dazu von BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1236 ff.

<sup>743</sup> Siehe zum Kausalzusammenhang statt aller BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1242 f.

<sup>744</sup> Art. 754 OR ist eine Verschuldenshaftung. Jedes Verschulden, einschliesslich leichter Fahrlässigkeit, genügt. Siehe statt aller BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1244 ff.

<sup>745</sup> Siehe zum Begriff *rein sportliche Ziele* vorne N 165 ff.

<sup>746</sup> Statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 214 ff.

<sup>747</sup> BGE 117 II 432 E. 1b dd S. 439.

<sup>748</sup> BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311.

Grundsätzen die Gesellschaft als direkt und der Aktionär als indirekt geschädigt.<sup>749</sup> Ausserhalb des Konkurses können Aktionäre mittelbaren Schaden nur zur Leistung an die Gesellschaft (und nicht an sich selbst) einklagen.<sup>750</sup>

- 298 Ein unmittelbarer Schaden ist in vorliegendem Kontext lediglich dann denkbar, wenn die Pflichtverletzung eines Organs einen direkten Einfluss auf das Aktionärsvermögen hat, so etwa bei der Nichtgewährung von zustehenden Dividenden.<sup>751</sup> Verschleudert der Verwaltungsrat bspw. ausschüttbare Überschüsse, die bei pflichtgemässer Mandatsführung nach Art. 660 Abs. 1 OR den Aktionären zugestanden hätten, kann dadurch ein direkter Anspruch gegenüber dem fehlbaren Organ eröffnet sein.<sup>752</sup>
- 299 Nach Konkurseröffnung sind Aktionäre nicht mehr befugt, auf Ersatz des Schadens zuhanden der Gesellschaft zu klagen. Erst wenn die Konkursverwaltung auf die Anspruchsdurchsetzung verzichtet, kommen Aktionäre und Gläubiger zum Zug, wobei die Forderungen der klagenden Gesellschaftsgläubiger allerdings vor denjenigen der klagenden Aktionäre befriedigt werden (Art. 757 Abs. 2 OR).<sup>753</sup>
- 300 Vor Konkurseröffnung können die Aktionäre demnach gegen endzweckwidrig handelnde Verwaltungsräte auf Leistung an die Gesellschaft klagen. Nach der Konkurseröffnung ist eine Klage nur noch aus dem Recht der Gläubigergesamtheit möglich, sofern die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung des Schadens verzichtet hat.<sup>754</sup>

### 3. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

- 301 Generalversammlungsbeschlüsse, die dem Gesellschaftszweck widersprechen, sind nach Art. 706 Abs. 1 OR anfechtbar.<sup>755</sup> Beschliesst die Generalversammlung, auf Dividendenausschüttung zu verzichten und stattdessen ausschüttbare Mittel für die Verfolgung ideeller Ziele zu verwenden, kann ein Minderheitsaktionär eine Anfechtung des Gewinnverwendungsbeschlusses ins Auge fassen. Ihr Erfolg hängt davon ab, ob die ausschüttbaren Mittel dem nichtwirtschaftlichen Förderzweck «verschieden» wurden. Soll gemäss dem Generalversammlungsbeschluss lediglich keine Dividende ausgeschüttet werden, verbleiben die Mittel in der Gesellschaft, was zu einem Anstieg des Wertes der Beteiligung

---

<sup>749</sup> BGE 131 III 306 E. 3.1.1 S. 310.

<sup>750</sup> Statt aller BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 237.

<sup>751</sup> BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1233.

<sup>752</sup> Darin ist praktisch eine «gemeinrechtliche Tat» i.S.v. Art. 41 zu erblicken. Siehe dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 247.

<sup>753</sup> Siehe zum Ganzen von BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1274 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 272 ff.

<sup>754</sup> Nach der *Raschein-Praxis* des Bundesgerichts bleibt für einen Anspruch der Gesellschaft im Konkurs neben dem Anspruch der Gläubigergesamtheit kein Raum. Verzichtet die Konkursverwaltung auf Geltendmachung des Verantwortlichkeitsanspruchs, kann gemäss Art. 756 Abs. 2 OR jeder Gläubiger die Abtretung verlangen. Hierbei handelt es sich lediglich um einen Anwendungsfall von Art. 260 SchKG; auch ein individuelles Klagerecht etwa eines Gläubigers lebt nicht wieder auf. Ein Abtretungsgläubiger klagt demnach einzig aus dem Recht der Gläubigergesamtheit (BGE 117 432 E. 1b ff S. 439 f.). Dadurch kann ein fehlbares Organ persönlich keine Einreden gegen den Abtretungsgläubiger geltend machen, insbesondere nicht die Einrede «*volenti non fit iniuria*»; vielmehr bleibt es auf sein Regressrecht gemäss Art. 50 Abs. 2 bzw. Art. 759 Abs. 2 OR verwiesen. Der Aktionär, der die endzweckwidrige Geschäftsführung ausdrücklich gewünscht hat, kann folglich ohne Weiteres im Konkurs der Gesellschaft gegen den Verwaltungsrat – aus dem Recht der Gläubigergesamtheit – klagen. Siehe zur *Raschein-Praxis* etwa BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 289 ff.

<sup>755</sup> ZK-TANNER, Art. 704 N 30.



führt. Die Mittel müssen dann aber in der Gesellschaft und im Unternehmensinteresse verwendet werden. Ein anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss liegt somit dann vor, wenn die Versammlung statt über die Höhe einer Dividendenausschüttung über eine anderweitige, statutenwidrige Gewinnverwendung beschliesst, so bspw., wenn ausschüttbarer Gewinn statt an die Aktionäre, an Dritte ausgeschüttet oder für ideelle Zwecke verbraucht wird.

Schwieriger ist die Frage, ob dem Minderheitsaktionär ein Anfechtungsrecht zukommt, wenn es gar nicht zu einem formellen Generalversammlungsbeschluss kommt, weil der Mehrheitsaktionär seine Macht ausspielt, auf die Geschäftsführung Einfluss nimmt und erzielbare Gewinne verhindert, indem er die Verfolgung nichtwirtschaftlicher Ziele in den Vordergrund stellt. Art. 698 Abs. 3 Ziff. 4 OR sieht die zwingende Kompetenz der Generalversammlung vor, über die Gewinnverwendung zu beschliessen. Soll also ein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst werden, ist dies grundsätzlich nur im Rahmen einer formellen Generalversammlung möglich. Anfechtbar sind indessen nicht nur *formelle* Generalversammlungsbeschlüsse, sondern jeder Vorgang, der von der Gesellschaft als Generalversammlungsbeschluss betrachtet wird.<sup>756</sup> Insofern können auch rechtliche Nichtbeschlüsse wie bspw. ein auf dem Zirkularweg gefasster Mehrheitsbeschluss Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 706 Abs. 1 OR sein.<sup>757</sup> Gerade in der Sportaktiengesellschaft, wo der Hauptaktionär bzw. die Hauptaktionäre häufig im Verwaltungsrat vertreten sind, kann es zu einer Kompetenzvermischung kommen. In Bezug auf die Verfolgung von rein sportlichen Zielen kann ein anfechtbarer Beschluss insbesondere dadurch gegeben sein, dass über die Verwendung des Bilanzgewinnes «vorweg» entschieden wird, ohne den erzielbaren Gewinn erst einmal zu realisieren und sodann die Generalversammlung nach Art. 698 Abs. 1 Ziff. 4 OR über dessen Verwendung beschliessen zu lassen. Einigen sich die Hauptaktionäre bspw. in einer Verwaltungsratssitzung auf eine Investition, die rein sportlich motiviert ist, ist darin ein anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss zu erblicken.<sup>758</sup> Bei derartigen Vorgängen dürfte es indessen in der Praxis äusserst schwierig nachzuweisen sein, dass der behauptete Nicht-Beschluss überhaupt gefällt wurde, und ebenso, wann der fristauslösende Zeitpunkt gewesen sein soll.<sup>759</sup>

Anders als die Anfechtungsklage ist die Nichtigkeitsklage nach Art. 706b OR nicht an eine Frist gebunden. Die Grenzen zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit sind fließend.<sup>760</sup> Letztlich hängt die Beurteilung von der Interessenabwägung des Gerichts ab, das sich jeweils die Frage stellen wird, ob die Gesetzesverletzung so schwerwiegend ist, dass eine Heilung nicht in Betracht kommt, oder ob es aus Gründen der Rechtssicherheit gerechtfertigt ist, einen bestehenden Beschluss gültig werden zu lassen, sofern keine Anfechtung erfolgt.<sup>761</sup> Bereits die Aufhebung der «Gewinnstrebigkeit» ist nach

<sup>756</sup> SCHENKER, Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, S. 21.

<sup>757</sup> SCHENKER, Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, S. 21.

<sup>758</sup> Eine andere Frage ist, ob die handelnden Organe, die es unterlassen haben, gesetzes- und statutenkonform eine Generalversammlung zur Beschlussfassung über den Endzweck einzuberufen, sich ihrerseits eine Pflichtverletzung haben zuschulden kommen lassen.

<sup>759</sup> SCHENKER, Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, S. 21. Art. 706a OR sieht für die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses eine Frist von zwei Monaten vor.

<sup>760</sup> ZK-TANNER, Art. 706 N 29.

<sup>761</sup> Siehe SCHENKER, Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, S. 47 mit Verweisung auf BGE 137 III 460 E. 3.3.2 S. 465 ff. und BGE 115 II 468 E. 3b S. 473 f.

Art. 706 OR lediglich *anfechtbar* und nicht etwa *nichtig*. Dasselbe muss nach der hier vertretenen Auffassung für die Aufhebung des wirtschaftlichen Endzwecks gelten.<sup>762</sup>

- 304 Weder eine Anfechtung im Sinne von Art. 706 Abs. 1 OR noch eine solche nach Art. 706b OR kann somit als aussichtsreicher Rechtsbehelf erachtet werden, um gegen eine faktische Endzweckänderung vorzugehen. Ein formeller Generalversammlungsbeschluss, der den Endzweck und Art. 660 Abs. 1 OR verletzt, ist hingegen anfechtbar.<sup>763</sup>

#### 4. Aktienrechtliche Rückerstattungspflicht

- 305 Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder sowie diesen nahestehende Personen, die ungerechtfertigt und bösgläubig Dividenden, Tantiemen und andere Gewinnanteile oder Bauzinsen bezogen haben, sind der Gesellschaft nach Art. 678 Abs. 1 OR zur Rückerstattung verpflichtet. Die Rückerstattungspflicht gilt auch für andere Leistungen, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen (Art. 678 Abs. 2 OR).
- 306 Werden Mittel für rein sportliche Ziele eingesetzt, handelt es sich nicht um Ausschüttung von Gewinnanteilen, sondern um endzweckwidriges Verwenden von Gesellschaftsmitteln. Fraglich ist hier, *wer* eine ungerechtfertigte Leistung bezogen hat. Denn die Verfolgung rein sportlicher Ziele ist zwar endzweckwidrig, doch handelt es sich dabei um eine Pflichtverletzung im Rahmen der faktischen Interessenwahrungspflicht und nicht um eine, bei der jemand aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft bereichert wird.
- 307 Denkbar ist der Rechtsbehelf nach Art. 678 OR im Spezialfall der Begünstigung des Stammvereins. Aktionäre und Verwaltungsräte kommen dann als Leistungsempfänger in Frage, wenn ihnen vorgeworfen werden kann, sie hätten ihre individuellen Ziele aus der eigenen Tasche und nicht aus Gesellschaftsmitteln zu finanzieren.<sup>764</sup> Im Falle einer Zuwendung, der keine äquivalente Gegenleistung gegenübersteht<sup>765</sup> und die daher nicht mit der Verfolgung des wirtschaftlichen Endzwecks kompatibel ist, kann dem disponierenden Verwaltungsrat in der Regel keine Gutgläubigkeit attestiert werden.<sup>766</sup> Derartige endzweckwidrige Dispositionen können nach der hier vertretenen Auffassung eine Verletzung von Art. 678 Abs. 1 OR darstellen. Denkbar ist auch eine Qualifikation unter Art. 678 Abs. 2 OR.<sup>767</sup> Eine Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck kann in diesem Sinne keine Wohltäterin für andere Sportorganisationen sein und auch nicht von einem dahinterstehenden Mäzen dazu verwendet werden. Solche Dispositionen (bspw. an den Stammverein) können unter Umständen eine Rückerstattungspflicht auslösen. Werden demgegenüber Mittel über das zulässige Mass hinaus für den sportlichen statt den

---

<sup>762</sup> Siehe hinten N 539 ff., 550 ff.

<sup>763</sup> Auch Beschlüsse des Verwaltungsrates können nichtig sein (Art. 714 OR). Hingegen sind Verwaltungsratsbeschlüsse nicht anfechtbar. Siehe BGE 91 II 298 E. 5 S. 303.

<sup>764</sup> Vgl. WATTER, S. 10; WATTER/RHODE, S. 341; WATTER/SPILLMANN, S. 112.

<sup>765</sup> Siehe dazu RUSCH, Interzession, S. 46, 138, wonach *Handeln zu Drittkonditionen* erforderlich ist.

<sup>766</sup> VON DER CRONE/MAUCHLE, S. 203.

<sup>767</sup> Gemäss Art. 678 E-OR 2016 soll unter anderem das in der Lehre als sinnwidrig bezeichnete Kriterium des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft gestrichen werden. Siehe dazu Botsch. Aktienrechtsrevision 2016, 528 ff.

wirtschaftlichen Erfolg eingesetzt und dadurch verbraucht, ist der Verwaltungsrat nach Art. 754 OR in Anspruch zu nehmen.

## 5. Rechtsfolgen betreffend Bestand der Sportaktiengesellschaft

### a) Rechts- oder Sittenwidrigkeit gemäss Art. 52 Abs. 3 ZGB?

Für BÖCKLI ist das Weiterwirtschaften im Falle einer faktischen Zweckänderung ein schwerwiegender Tatbestand, der zu einer unhaltbaren Rechtsverwilderung führt.<sup>768</sup> Wenngleich er sich dabei auf die Vertretungsproblematik und den Gesellschaftszweck im Sinne des Tätigkeitsfelds bezieht, muss seine Aussage auch für den Endzweck gelten. Tätigt ein Gesellschaftsorgan bspw. eine Schenkung aus dem Gesellschaftsvermögen an eine Privatperson, stellt dies bei einer Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck eine Verletzung von Art. 716 und 717 OR dar. Gerade im Bereich der Sportaktiengesellschaften scheint vielerorts der Zustand der faktischen Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks vorzuherrschen. In diesem Auseinanderfallen von statutarischem und tatsächlichem Endzweck ist eine Qualifikation als Rechts- oder Sittenwidrigkeit nach Art. 52 Abs. 3 ZGB denkbar und folglich an dieser Stelle zu prüfen.

Juristische Personen mit unsittlicher oder widerrechtlicher Zweckausrichtung können gemäss Art. 52 Abs. 3 ZGB das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen. Es kann sich dabei sowohl um den statutarischen als auch um den tatsächlich verfolgten Zweck handeln.<sup>769</sup> Eine Sportaktiengesellschaft verfolgt weder statutarisch noch tatsächlich einen *per se* unzulässigen Zweck. Die Widerrechtlichkeit ist vielmehr darin zu erblicken, dass der statutarisch vorgeschriebene Endzweck von den handelnden Organen nicht eingehalten wird und zu einem *simulierten Endzweck* degradiert wird. Darin liegt indessen keine Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB.<sup>770</sup> Eine solche wäre dann gegeben, wenn der statutarische oder tatsächliche Zweck an sich als widerrechtlich oder unsittlich zu qualifizieren wäre.<sup>771</sup> Angesichts der Tatsache, dass Rechtsbehelfe gegen das (end-)zweckwidrig handelnde Organ zur Verfügung stehen,<sup>772</sup> wäre es auch sachlich nicht gerechtfertigt, eine endzweckwidrig operierende Aktiengesellschaft als rechts- oder sittenwidrig zu beurteilen.<sup>773 774</sup>

<sup>768</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 480.

<sup>769</sup> BGE 115 II 401 E. 1 S. 404 f.

<sup>770</sup> VISCHER, S. 565 m.w.H.

<sup>771</sup> VISCHER, S. 565.

<sup>772</sup> Bspw. Art. 754 OR.

<sup>773</sup> Dies aufgrund der sozial- und volkswirtschaftlichen Bedeutung einer Aktiengesellschaft, aber auch deshalb, weil es zu einer Anwendung von Art. 57 Abs. 3 ZGB käme und das Vermögen der aufgelösten juristischen Person dem Gemeinwesen zufallen würde.

<sup>774</sup> In Deutschland ist die Frage nach der Widerrechtlichkeit bei faktischer Endzweckänderung auch schon gerichtlich entschieden worden. So lehnte das Amtsgericht München (vgl. Pressemitteilung 73/16 betreffend Registersache FC Bayern München vom 16. September 2016) die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens wegen *Rechtsformverfehlung* gegen den FC Bayern München ab. Siehe dazu PUNTE, S. 48.

## b) Auflösungsklage

- 310 Gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR können Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, die Auflösung der Gesellschaft *aus wichtigem Grund* verlangen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt für die Annahme eines wichtigen Grundes, dass wesentliche persönliche und sachliche Umstände, unter welchen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht mehr gegeben sind, so dass der Gesellschaftszweck nicht mehr erreicht werden kann bzw. dessen Erreichen wesentlich erschwert oder gefährdet wird. Für den Gesellschafter muss demnach ein weiterer Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar sein.<sup>775</sup> Bei einer Aktiengesellschaft kommen grundsätzlich nur sachliche Argumente in Frage, da durch ihre kapitalbezogene Natur persönliche Verhältnisse gerade in den Hintergrund gerückt werden sollen.<sup>776</sup> Sachliche Umstände sind etwa der Missbrauch der Gesellschaft unter Verletzung von Aktionärsrechten, die Unmöglichkeit der Zweckerreichung, die Änderung des Gesellschaftszwecks sowie die Misswirtschaft in der Geschäftsführung.<sup>777</sup>
- 311 Ein Missbrauch der Gesellschaft ist dann anzunehmen, wenn nicht mehr das Gesellschaftsinteresse im Vordergrund steht, sondern in erster Linie die privaten Interessen eines Aktionärs oder einer Aktionärsgruppe bedient werden.<sup>778</sup> Dieses Gebaren muss von gewisser Erheblichkeit sein und einen Dauerzustand darstellen.<sup>779</sup> Bei einer Sportaktiengesellschaft ist diese Voraussetzung ohne Weiteres dann erfüllt, wenn der Hauptaktionär<sup>780</sup> den erwirtschafteten Gewinn in die Verfolgung rein sportlicher Ziele fliessen lässt, statt ihn in der Jahresrechnung zuhanden der Generalversammlung auszuweisen.<sup>781</sup>
- 312 Ein weiterer relevanter Umstand ist die Unmöglichkeit der Zweckerreichung nicht nur im Hinblick auf das Tätigkeitsfeld, sondern auch in Bezug auf den Endzweck.<sup>782</sup> Hat sich eine dauernde Unmöglichkeit des wirtschaftlichen Endzwecks manifestiert, die aller Voraussicht nach unabänderlich ist und der nicht durch Sanierungsmassnahmen oder Änderung des Tätigkeitsfelds begegnet werden kann, ist ein wichtiger Grund zur Auflösung gegeben.<sup>783</sup> Dasselbe gilt für die Unzulänglichkeit der Finanzierung, die dann anzunehmen ist, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, die nötigen Mittel für die Zweckverfolgung aufzubringen. Die Unzumutbarkeit ist in diesem Fall darin zu erblicken, dass der Minderheitsaktionär dem Dahinschmelzen seines Kapitals tatenlos zusehen müsste.<sup>784</sup> Bei vielen schweizerischen Sportaktiengesellschaften liegt angesichts des Umstands, dass über Jahre (oder Jahrzehnte) konstant hohe Verluste eingefahren werden, die Vermutung nahe, dass die Verwirklichung des wirtschaftlichen

---

<sup>775</sup> Urteil des BGer 4C.249/2006 vom 13. November 2006 E. 3.1 m.w.H.; SANWALD, S. 144 m.w.H.

<sup>776</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 627 m.w.H.

<sup>777</sup> SANWALD, S. 153 ff.

<sup>778</sup> BGE 67 II 162 E. c S. 165.

<sup>779</sup> Vgl. BGE 84 II 44 E. 2 S. 48 ff. Vgl. auch MEIER, N 2.12.

<sup>780</sup> Der Hauptaktionär ist bei Sportaktiengesellschaften häufig selbst Verwaltungsrat. Übt er seine Machtposition aus, ohne formelles Organ zu sein, liegt in der Regel eine faktische Organschaft vor. Siehe sogleich N 317.

<sup>781</sup> Siehe zum Ganzen SANWALD, S. 151 f.

<sup>782</sup> Unmöglichkeit wäre auch in Bezug auf den Gesellschaftszweck i.S.v. Tätigkeitsfeld möglich.

<sup>783</sup> BGE 126 III 266 E. 1c S. 270 m.w.H. Vgl. HABEGGER, § 7 N 82 ff.

<sup>784</sup> BGE 126 III 266 E. 1c S. 270; zum Ganzen SANWALD, S. 153 ff.

Endzwecks nicht realistisch ist.<sup>785</sup> In der Praxis wird jedoch – von Extremfällen abgesehen<sup>786</sup> – der Nachweis der endgültigen Unmöglichkeit, den Endzweck zu erreichen, kaum zu erbringen sein.<sup>787</sup>

Auch eine Änderung des Gesellschaftszwecks wie bspw. eine faktische Zweckänderung ist ein denkbarer Auflösungsgrund.<sup>788</sup> Der Aktionär muss sich zwar eine Änderung des Gesellschaftszwecks im Sinne des Tätigkeitsfelds gefallen lassen;<sup>789</sup> soll aber die Gewinnstrebigkeit oder der wirtschaftliche Endzweck aufgehoben werden, ist hierfür die Zustimmung sämtlicher Aktionäre erforderlich (und nicht etwa Einstimmigkeit der in der Generalversammlung vertretenen Aktionäre).<sup>790</sup> Die faktische Endzweckänderung stellt demnach einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 736 Abs. 4 OR dar.

Schliesslich kann auch die Misswirtschaft in der Geschäftsführung als wichtiger Grund gelten. Bei praktizierter Misswirtschaft kann es unter Umständen unzumutbar sein, den Aktionär auf die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR zu verweisen.<sup>791</sup> Ist der Bestand der Unternehmung gefährdet und sind subsidiäre Rechtsbehelfe nicht geeignet, nachhaltige Abhilfe zu schaffen, ist eine Auflösungsklage zumindest vorstellbar.<sup>792</sup> Solange aber der Betrieb trotz praktizierter Misswirtschaft funktionsfähig und aktiv ist, ist eine Auflösungsklage aufgrund schlechter Geschäftsführung unrealistisch.

Ob bei Vorliegen von Auflösungsgründen einer Auflösungsklage tatsächlich Erfolg beschieden ist, hängt zudem davon ab, ob der zuständige Richter keine Möglichkeit sieht, im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR auf eine andere sachgerechte und zumutbare Lösung zu erkennen. Die Auflösung dürfte nur als *ultima ratio* verfügt werden. Als mildere Massnahme kommt bspw. ein entschädigungspflichtiger Ausschluss des klagenden Aktionärs in Betracht.<sup>793</sup>

Zusammenfassend betrachtet ist die Auflösungsklage im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR ein gangbarer Weg für denjenigen Aktionär, der sich gegen die endzweckwidrige Geschäftsführung zur Wehr setzen will.

<sup>785</sup> So bspw. die EHC Kloten Sport AG, die in den Jahren 2006–2016 unter der Kontrolle von vier Hauptaktionären ein Betriebsdefizit von ca. CHF 5 Mio. jährlich auswies. Vgl. ferner HABEGGER, § 7 N 88 f. zur Unmöglichkeit der Erreichung des Endzwecks aufgrund von Unrentabilität.

<sup>786</sup> Wie bspw. BGE 126 III 266.

<sup>787</sup> Denkbar sind immer auch Veränderungen im ökonomischen Umfeld bzw. in den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. So sind bspw. im schweizerischen Eishockey Bestrebungen im Gange, einen sog. Salary Cap einzuführen, um die Salärbudgets der Sportaktiengesellschaften zu begrenzen. Eine derartige Veränderung könnte die Rentabilität eines bislang defizitären Klubs schlagartig verändern. Dazu aus der Medienberichterstattung NZZ vom 16. Dezember 2015, 48, «Aufstand gegen die Spieler» betreffend mögliche Massnahmen zur Eindämmung der stark ansteigenden Spielerlöhne, wie bspw. die Einführung eines Salary Cap.

<sup>788</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 3 N 32. HABEGGER, § 7 N 91 f.

<sup>789</sup> Art. 704 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

<sup>790</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

<sup>791</sup> HABEGGER, § 7 N 106; SANWALD, S. 157.

<sup>792</sup> SANWALD, S. 157.

<sup>793</sup> Ein derartiges Ausschlussrecht bedeutet für den Ausgeschlossenen gleichzeitig eine Möglichkeit, seinen Austritt aus der Gesellschaft gegen Entschädigung zu provozieren. Vgl. dazu BEYELER, S. 143 ff. betreffend Austrittsrecht für konzernexterne Aktionäre. Siehe auch STEININGER, S. 203 f.

## 6. Faktische Organschaft

- 317 Handelt es sich beim Haupt- oder Alleinaktionär um einen Mäzen, der das strukturelle Defizit deckt, wird er regelmässig auch in Bezug auf die strategische Entwicklung und die Entscheidungsfindung über zentrale Fragen, wie bspw. die Verpflichtung eines renommierten Spielers, mitwirken wollen. Auch wenn er nicht formell als Verwaltungsrat amtiert, können ihn dennoch dieselben Pflichten und insbesondere dieselben Haftungsfolgen treffen, weil er als *faktisches Organ* zu qualifizieren ist. Faktische (auch materielle) Organe sind Personen, die den Gesellschaftsorganen vorbehaltenen Entscheidung treffen oder in massgeblicher Weise an der Willensbildung der Gesellschaft beteiligt sind.<sup>794</sup> Selbst wenn der Mäzen Alleinaktionär ist und den Betrieb der Gesellschaft mit Zuschüssen finanziert, bleibt die Aktiengesellschaft eine selbständige Rechtsperson. Die Pflichten eines Mäzens, der als faktisches oder formelles Organ fungiert, unterscheiden sich nicht von denjenigen eines gewöhnlichen Verwaltungsrats. Neben dem klassischen Mäzen kommen auch bedeutende Gönner als faktische Organe in Frage.
- 318 Solange die Gesellschaft stabil dasteht, ist trotz endzweckwidriger Führung mit keinen relevanten Konsequenzen seitens ihrer Aktionäre zu rechnen. Befindet sich die Gesellschaft aber in finanzieller Schieflage, treten die Interessen der Aktionäre immer mehr in den Hintergrund. Demgegenüber wird das Interesse der Gesellschaftsgläubiger immer wichtiger. Droht eine Situation, in der die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann, gehört der Liquidationserlös – bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise – den Gesellschaftsgläubigern und nicht mehr den Aktionären.<sup>795</sup> Gerade im Sanierungsfall kann die Stimmung gegen einen Sportklub kippen, wenn gegen die Organe der Vorwurf erhoben wird, sie hätten eine Meisterstrategie verfolgt, statt das Unternehmen finanziell zu stabilisieren. In einem Verantwortlichkeitsprozess im Konkurs der Gesellschaft gibt es keine Spezialbehandlung für Mäzene, die den konkursiten Sportklub in der Vergangenheit finanziell getragen haben.

## 7. Zwischenergebnis und Würdigung

- 319 Wie schon mehrfach erwähnt, sind in der Praxis die Haupt- und Minderheitsaktionäre vieler Sportaktiengesellschaften nicht an vermögensrechtlichen Vorteilen interessiert, sondern wünschen sich stattdessen ideelle Vorteile durch sportlichen Erfolg ihrer Mannschaft. Wird die ideelle Zweckverfolgung von den Aktionären getragen, bleibt für eine von ihnen erhobene Verantwortlichkeitsklage kein Raum. Sie sind mit der endzweckwidrigen Geschäftsführung einverstanden und infolge des Grundsatzes *volenti non fit iniuria* nicht zur Anfechtungsklage aktivlegitimiert.<sup>796</sup> Auch hat der Entlastungs-Beschluss (*Décharge*) für alle zustimmenden Aktionäre den Untergang ihrer Klagerechte für bekannte Tatsachen zur Folge.<sup>797</sup> Die konstante Unrentabilität der Sportaktiengesellschaften dürfte überdies allgemein bekannt

---

<sup>794</sup> BGE 117 II 432 E. 2b S. 441 f.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 456.

<sup>795</sup> Zum Ganzen VOGT, Absichtsanfechtung und Sorgfaltspflicht, S. 1087.

<sup>796</sup> Siehe zum Grundsatz *volenti non fit iniuria* BGE 131 III 640 E. 4.2.1 S. 644 m.w.H.

<sup>797</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 und Art. 758 OR.

sein.<sup>798</sup> Aus diesen Gründen hat die Verletzung des Anspruchs auf Anteil am Bilanzgewinn im Sinne von Art. 660 Abs. 1 OR in der Praxis bisher keinen Anlass zu Diskussionen gegeben.

Die faktische Zweckänderung stellt im Regelfall weder einen Anfechtungsgrund nach Art. 706 Abs. 1 OR (Anfechtbarkeit) noch einen nach Art. 706b OR (Nichtigkeit) dar. Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR ist auch nicht auf Fälle des endzweckwidrigen Verbrauchs von Gesellschaftsmitteln anwendbar, es sei denn, ein Dritter, wie bspw. der Stammverein, werde aus dem Gesellschaftsvermögen bereichert. 320

Gegen die faktische Endzweckänderung können sich die Aktionäre insbesondere mit der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR zur Wehr setzen. Die Anforderungen an eine gerichtliche Auflösung sind indessen hoch; wenn irgendwie möglich, wird der zuständige Richter aus sozialpolitischen Gründen auf eine andere sachgerechte Lösung tendieren, statt die Gesellschaft aufzulösen. 321

## IV. Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für andere Interessengruppen

### Vorbemerkung

Die Verfolgung von nichtwirtschaftlichen, sportlichen Zielen in der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft kann neben der aktiven Interessenwahrungspflicht des Verwaltungsrats (II.) und den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Aktionäre (III.) für weitere Bereiche von signifikanter Bedeutung sein. Der Endzweck kann als fundamentales Element der Aktiengesellschaft grundsätzlich gegenüber jedermann Wirkung entfalten, der mit ihr in Berührung kommt.<sup>799</sup> In diesem Abschnitt wird die Wirkung des Endzwecks auf andere Bereiche untersucht, die nach Auffassung des Verfassers der vorliegenden Arbeit für Sportaktiengesellschaften von erhöhter Bedeutung sind. 322

Zunächst werden mit der Revisionsstelle (1.), den Gesellschaftsgläubigern (2.) und den Steuern (3.) drei für sämtliche Aktiengesellschaften bedeutsame Bereiche betrachtet. Sodann folgen die für Sportaktiengesellschaften spezifischeren Bereiche Freiwilligenarbeit/Ehrenamtlichkeit (4.) und Sportförderung durch die öffentliche Hand (5.). Schliesslich wird der Endzweck in Bezug auf das besondere Verhältnis zum Dachverband (6.) untersucht. 323

Da sämtliche Interessengruppen in einem rechtlichen Verhältnis zur Aktiengesellschaft stehen, sind die nachfolgenden Unterabschnitte gesellschaftsintern auch für den Verwaltungsrat als oberstes Organ von grundlegender Bedeutung und liessen sich im Wesentlichen auch unter *Bedeutung des wirtschaftlichen Endzwecks für den Verwaltungsrat*<sup>800</sup> einordnen. Für die vorliegende Arbeit drängt sich indessen – der besseren Übersicht halber – eine getrennte Betrachtung auf. 324

---

<sup>798</sup> Vgl. HÄUPTLI, S. 166 ff.

<sup>799</sup> Siehe dazu vorne N 18.

<sup>800</sup> Kapitel 2 II, hinten N 461 ff.

## 1. Revisionsstelle

### a) Revisionsstelle im Allgemeinen

- 325 Die Revisionsstelle ist ein Organ der Aktiengesellschaft, das von der Generalversammlung gewählt wird<sup>801</sup> und dessen Funktion darin besteht, als unabhängige Kontrollstelle die Gesetzeskonformität der von ihr überwachten Vorgänge zu prüfen.<sup>802</sup> Das Gesetz sieht, gemessen an der wirtschaftlichen Bedeutung der zu prüfenden Aktiengesellschaft, unterschiedliche Grade der Prüfungstiefe vor. Für grosse Unternehmen gilt die Pflicht zur ordentlichen Revision, für kleinere und mittlere Unternehmungen besteht eine eingeschränkte Revisionspflicht und für Kleinstunternehmen kann ganz auf Revision verzichtet werden (sog. *opting-out*).<sup>803</sup> Aufgabe der Revisionsstelle ist es, zu prüfen, ob die Jahresrechnung sowie gegebenenfalls die Konzernrechnung<sup>804</sup> und der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entsprechen.<sup>805</sup>
- 326 Die ordentlich prüfende Revisionsstelle hat *wesentliche* Verstösse gegen Gesetz und Statuten der Generalversammlung anzuzeigen (Anzeigepflicht).<sup>806</sup> Dies kann bspw. bei einer verdeckten Gewinnausschüttung oder bei Nichtausführung von wesentlichen Generalversammlungsbeschlüssen der Fall sein.<sup>807</sup> Die eingeschränkt prüfende Revisionsstelle ist zwar von einer solchen formellen Anzeigepflicht befreit,<sup>808</sup> aus der ihr obliegenden *Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung* gegenüber der Generalversammlung<sup>809</sup> ergibt sich aber zumindest eine Informationspflicht für gravierende Fälle.<sup>810</sup> Die Prüfung erfasst

---

<sup>801</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>802</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 519.

<sup>803</sup> Gemäss Art. 727 OR sind Publikumsgesellschaften (Abs. 1 Ziff. 1) und Gesellschaften, die zwei der drei Grössen Bilanzsumme von CHF 20 Millionen, Umsatzerlös von CHF 40 Millionen und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt überschreiten (Abs. 1 Ziff. 2), zu einer ordentlichen Revision verpflichtet. Unterhalb dieser Schwelle besteht lediglich die Pflicht zur eingeschränkten Revision (Art. 727a Abs. 1 OR). Aktiengesellschaften, die keine zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt aufweisen, können mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auch auf die eingeschränkte Revision verzichten. Die Schweizer Sportaktiengesellschaften der obersten beiden Spielklassen im Eishockey und im Fussball verfügen nur schon aufgrund ihres zum Spielbetrieb erforderlichen Spielerkaders über mehr als zehn Vollzeitstellen, weshalb der Verzicht auf eingeschränkte Revision schon zum Vornherein nicht in Frage kommt. Die drei Zahlenwerte gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR dürften – wenn überhaupt – nur bei den umsatzstärksten Sportklubs gegeben sein. Keine der Schweizer Sportaktiengesellschaften ist schliesslich an der Börse kotiert (oder anderweitig als Publikumsgesellschaft im Sinne von Art. 727 Abs. 1 OR zu qualifizieren).

<sup>804</sup> Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR für die ordentliche Revision (wobei zusätzlich noch die Übereinstimmung mit dem gewählten Regelwerk geprüft werden muss) und Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 OR für die eingeschränkte Revision.

<sup>805</sup> Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 OR für die ordentliche Revision (wobei zusätzlich zu prüfen ist, ob ein internes Kontrollsystem existiert) und Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR für die eingeschränkte Revision.

<sup>806</sup> Art. 728c Abs. 1 OR, siehe dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 407. Trifft der Verwaltungsrat keine Massnahmen gegen derartige von der Revisionsstelle angezeigte Verstösse oder handelt es sich um wesentliche Verstösse, ist zusätzlich die Generalversammlung darüber zu informieren (Art. 728c Abs. 2 OR).

<sup>807</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 406.

<sup>808</sup> Art. 729c OR enthält lediglich die Anzeigepflicht gegenüber dem Gericht bei offensichtlicher Überschuldung, wie sie auch für die ordentliche Revision in Art. 728c Abs. 3 OR vorgeschrieben ist.

<sup>809</sup> Gemäss Art. 729b OR hat die eingeschränkt prüfende Revisionsstelle einen Revisionsbericht zu erstellen und dabei nach Art. 729b Abs. 1 Ziff. 2 OR eine Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung abzugeben.

<sup>810</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 502.



indessen bei beiden Revisionsarten nicht die eigentliche Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat.<sup>811</sup> Die Revisionsstelle ist nicht verpflichtet, die Zweckmässigkeit der Geschäftspolitik, die Angemessenheit der getroffenen Entscheide oder anderweitig die wirtschaftliche Lebens- und Tragfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen.<sup>812</sup>

Ob eine Aktiengesellschaft einen wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Endzweck verfolgt, spielt in Bezug auf die Revisionspflicht im Übrigen keine Rolle. Nach dem im Wirtschaftsrecht anerkannten und im Revisionsrecht geltenden Grundsatz «*same business, same risks, same rules*»<sup>813</sup> wird nach der wirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmens und nicht nach dem Endzweck differenziert.<sup>814</sup> Auch der Revisionsumfang der juristischen Personen des ZGB richtet sich grundsätzlich nach der wirtschaftlichen Bedeutung ihrer Unternehmenskörper.<sup>815</sup>

327

## b) Verfolgung von rein sportlichen Zielen als Statuten- und Gesetzesverstoss?

Bei der Frage, ob rein sportliche Ziele in der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft verfolgt werden dürfen oder ob die Finanzplanung zweckmässig ist, geht es um den Aufgabenbereich des Verwaltungsrats, der nicht zum Kontrollumfang der Revisionsstelle gehört. Fraglich ist jedoch, ob in der endzweckwidrigen Verfolgung von sportlichen Zielen ein Gesetzes- oder Statutenverstoss gesehen werden kann, der von der Revisionsstelle anzuzeigen wäre.

328

Die faktische Verfolgung des nichtwirtschaftlichen statt des wirtschaftlichen Endzwecks stellt einen Verstoss gegen zwingendes Aktienrecht dar. Eine Endzweckänderung ist nach der hier vertretenen Auffassung nur durch einen Generalversammlungsbeschluss und nach einer Statutenänderung möglich.<sup>816</sup> Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Gesellschaft als Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck zu qualifizieren.<sup>817</sup> Eine faktische Endzweckänderung kann demnach als Gesetzes- und Statutenverstoss betrachtet werden und wäre somit theoretisch der Prüfung durch die Revisionsstelle zugänglich.

329

Problematisch ist, dass einerseits die Prüfung des Gewinnverwendungsbeschlusses in Bezug auf Rechtmässigkeit und Statutenkonformität eine Auseinandersetzung mit dem Endzweck verlangt, andererseits jedoch die Revisionsstelle nicht für die Überprüfung von Geschäftsentscheiden zuständig ist. Bei der potentiellen faktischen Endzweckänderung offenbart sich dabei ein Spannungsverhältnis. So kann es

330

<sup>811</sup> Art. 728a Abs. 3 OR (ordentliche Revision) und Art. 729a Abs. 1 Ziff. 3 OR (eingeschränkte Revision).

<sup>812</sup> FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, S. 51; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 489. Vgl. aber BGE 116 II 533 E. 5b S. 542, wonach erstens zur Prüfung der Bilanzwahrheit auch die Prüfung von Forderungen als Aktivpositionen gehöre und zweitens in der Literatur der Kontrollobliegenheit in Bezug auf den Unternehmensbestand und die Sicherstellung der Betriebsfortführung immer grössere Bedeutung zukomme.

<sup>813</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 489.

<sup>814</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 490.

<sup>815</sup> Art. 69b ZGB (Verein) und Art. 83b ZGB (Stiftung).

<sup>816</sup> Art. 620 Abs. 3 OR *e contrario*. Dasselbe gilt für die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit, Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR *e contrario*.

<sup>817</sup> Dies entspricht der Theorie der formalen Rechtsanwendung. Siehe vorne N 12 ff.

nicht die Pflicht der Revisionsstelle sein, zu prüfen, ob die Meisterstrategie<sup>818</sup> den wirtschaftlichen Erfolg ausschliesst oder begünstigt. Wird demgegenüber ein ausschüttbarer Gewinn ausgewiesen, der via Generalversammlungsbeschluss einem Dritten (bspw. dem Nachwuchsverein) zugewendet werden soll, obschon kein Hinweis auf einen nichtwirtschaftlichen Endzweck in den Statuten auffindbar ist, ist darin eine Statuten- und Gesetzesverletzung zu erblicken, auf welche die Revisionsstelle hinzuweisen hätte.<sup>819</sup>

- 331 Durch die direkte Verfolgung rein sportlicher Ziele (*direkte Förderzweckverfolgung*)<sup>820</sup> wird es indessen kaum zu einem formellen Generalversammlungsbeschluss betreffend Gewinnverwendung kommen, da realisierbarer Gewinn fortlaufend für die ideelle Zweckverfolgung verbraucht wird. Eine über eindeutig rechts- und statutenwidrige Akte hinausgehende Prüfung der faktischen Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks durch die Revisionsstelle würde im Ergebnis einer Kontrolle der Geschäftsführung gleichkommen und ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen. Lediglich in krassen Fällen, in denen der wirtschaftliche Endzweck ganz offenkundig aufgegeben wurde und seitens der operativen Führung kein Hehl daraus gemacht wird, dass kein Gewinn angestrebt wird, muss die Revisionsstelle aktiv werden. Gegenstand der Prüfung können aber auch in solchen Fällen nicht einzelne Dispositionen sein (ausgenommen gegenleistungslose Zuwendungen an Dritte); vielmehr ist lediglich die Prüfung einer widerrechtlichen Endzweckänderung möglich.

### c) Forderungen gegenüber Nahestehenden

- 332 Zu den Aufgaben der Revisionsstelle gehört auch die Prüfung der Bilanzwahrheit, worunter auch der Bestand von Forderungen fällt.<sup>821</sup> Die Revisionsstelle hat hierbei bspw. auf Klumpenrisiken hinzuweisen und gegebenenfalls Wertberichtigungen zu verlangen.<sup>822</sup> Das bedingt auch eine Bonitätsprüfung des Schuldners.<sup>823</sup> Im Rechtsleben von Sportaktiengesellschaften dürfte die Prüfung von Forderungen gegenüber Nahestehenden von erheblicher Relevanz sein. Aufgrund des *Going-Concern*-Grundsatzes, der durch die verbandsrechtlichen Anforderungen zusätzlich verschärft wird, verpflichten sich Mäzene regelmässig zur Leistung von Zahlungen an die Sportaktiengesellschaften oder geben sog. «Defizitgarantien» im erforderlichen Umfang ab. Populär ist auch die Darlehensgewährung mit anschliessendem Verzicht auf Darlehensrückzahlung im Sinne einer Sanierungsmassnahme. Derartige Fälle können Klumpenrisiken<sup>824</sup> entstehen lassen und Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle sein.
- 333 Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass im Konkursfall Revisionsstellen oftmals ins Visier der Geschädigten geraten, die nach dem *Deep-pockets-Prinzip* unter mehreren potentiell

---

<sup>818</sup> Vgl. OGer ZH LB110066 vom 12. Juli 2012 betreffend die Frage, ob die Meisterstrategie – verbunden mit höheren Investitionen in das Spielerkader – gegenüber der «konservativen» Strategie mit dem Schlussrangziel 1. bis 4. Platz einen wirtschaftlich motivierten Geschäftsentscheid darstelle.

<sup>819</sup> Je nachdem, ob ordentlich oder eingeschränkt geprüft wird, besteht eine Anzeigepflicht gemäss Art. 728c Abs. 1 OR oder eine Informationspflicht im Sinne von Art. 729b Abs. 1 Ziff. 2 OR.

<sup>820</sup> Siehe zur direkten und indirekten Förderzweckverfolgung hinten N 446 ff.

<sup>821</sup> BGE 116 II 533 E. 5b S. 541 f. m.w.H.

<sup>822</sup> RUSCH, Interzession, S. 177.

<sup>823</sup> BGE 116 II 533 E. 5b S. 542.

<sup>824</sup> Siehe zum Klumpenrisiko ausführlich vorne N 254 ff.

haftpflichtigen Personen<sup>825</sup> diejenigen mit dem grössten Vermögen (oder einer Berufshaftpflichtversicherung) anpeilen.<sup>826</sup>

## 2. Gesellschaftsgläubiger

### a) Einfluss des wirtschaftlichen Endzwecks auf die Gesellschaftsgläubiger

Die Gesellschaftsgläubiger sind eine der wichtigsten Anspruchsgruppe im Umfeld einer Gesellschaft. Im Kontext der vorliegenden Arbeit stellt sich die Frage, ob eine endzweckwidrige Priorisierung von nichtwirtschaftlichen Zielen die Stellung der Gesellschaftsgläubiger beeinflusst. 334

Die *Gewinnstrebigkeit* kann für die Gesellschaftsgläubiger dann zum Thema werden, wenn die Gesellschaft in einen Konzern eingegliedert wird. Die konzernrechtliche Unterordnung kann aus Gläubigersperspektive Ursache einer tiefgreifenden Veränderung des Risikoprofils des Schuldners sein.<sup>827</sup> Eine potentiell *negative* Veränderung des Risikoprofils des Schuldners tangiert die Interessen des Gesellschaftsgläubigers zweifellos. Wird eine Gesellschaft in einen Konzern eingegliedert, kann sich das bspw. dann positiv auswirken, wenn die Schuldnerin so Teil eines grösseren, finanzstarken Gebildes wird. Ebenso gut kann die Untergesellschaft dadurch aber auch geschwächt werden, bspw. wenn sämtliche flüssigen Mittel an die Muttergesellschaft abfliessen.<sup>828</sup> Im Gegensatz zum Aktionär hat der Gesellschaftsgläubiger keinen Anspruch auf Gewinnstrebigkeit bzw. gewinnstrebige Geschäftsführung seiner Schuldnerin. Dasselbe muss für die Transformation vom wirtschaftlichen zum nichtwirtschaftlichen Endzweck gelten. Die Gesellschaftsgläubiger haben weder einen Anspruch darauf, dass die Aktiengesellschaft einen wirtschaftlichen Endzweck verfolgt, noch dass sie einen solchen beibehält. Obwohl eine Endzweckänderung durchaus faktisch und betriebsökonomisch relevant sein kann, können sich die Gesellschaftsgläubiger dagegen *rechtlich* nicht zur Wehr setzen.<sup>829</sup> Der Gesellschaftsgläubiger muss also eine – aus seiner Sicht resultierende – Verschlechterung der Zweckausrichtung hinnehmen.<sup>830</sup> Sein Schutz ergibt sich primär aus Art. 725 OR. Im Übrigen haben die Gesellschaftsgläubiger keine Klagerechte ausserhalb des Konkurses. Im Konkurs können sich die Gesellschaftsgläubiger der Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 754 ff. OR oder der Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 SchKG<sup>831</sup> bedienen.<sup>832</sup> 335

<sup>825</sup> Alle mit der Revision befassten Personen haften im Rahmen von Art. 755 Abs. 1 OR den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

<sup>826</sup> FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, S. 51.

<sup>827</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 231.

<sup>828</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 231.

<sup>829</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 232 betreffend risikoerhöhende Gesellschaftszweckänderung.

<sup>830</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 232.

<sup>831</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1).

<sup>832</sup> Siehe zum Verhältnis der Absichtsanfechtung im Sinne von Art. 288 SchKG und aktienrechtlicher Sorgfaltspflicht VOGT, Absichtsanfechtung und aktienrechtliche Sorgfaltspflicht, S. 1075 ff.

**b) Organhaftung wegen pflichtwidriger *Bonitätsminderung***

- 336 In der Lehre wird darüber diskutiert, ob Gesellschaftsgläubiger unter Berufung auf eine *Bonitätsminderung* ausnahmsweise ausserhalb des Konkurses eine selbständige Schadenersatzklage gegen die Organmitglieder erheben können.<sup>833</sup>
- 337 Eine Disposition, die rein sportliche Ziele verfolgt, kann eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR darstellen.<sup>834</sup> Solange über die Gesellschaft nicht der Konkurs eröffnet wurde, fehlt es an einer direkten Schädigung des Gesellschaftsgläubigers. Die Schädigung erfolgt nur indirekt, weshalb eine Verantwortlichkeitsklage ausserhalb des Konkurses grundsätzlich nicht möglich ist.<sup>835</sup> Ein Ausnahmetatbestand könnte allerdings beim umstrittenen<sup>836</sup> Sonderfall eines Schadens aus Bonitätsminderung gegeben sein.<sup>837</sup> Grundlage einer solchen Klage ist eine realitätsnahe, wirtschaftliche Betrachtungsweise. Verschlechtert sich nämlich die Vermögenssituation einer Gesellschaft erheblich, sinkt auch der Verkehrswert einer Forderung, denn im Rahmen einer anstehenden Sanierung werden häufig auch von Gesellschaftsgläubigern Forderungsverzichte verlangt.<sup>838</sup> Der Gesellschaftsgläubiger kann sich dabei in einer unbefriedigenden Situation befinden. Zeigt er sich kooperativ, indem er auf einen Teil der Forderung verzichtet, um die Sanierung zu ermöglichen, kann er nicht mehr gegen den fehlbaren Verwaltungsrat vorgehen. Zeigt er sich widerspenstig und stösst die Gesellschaft dadurch in den Konkurs, steht ihm demgegenüber die Verantwortlichkeitsklage – vorbehaltlich der aktienrechtlichen und konkursrechtlichen Einschränkungen – offen. Gerade bei Sportaktiengesellschaften, denen grosse öffentliche Beachtung zuteilwird, möchte indessen kein Gesellschaftsgläubiger als Totengräber des Klubs in die Annalen eingehen.<sup>839</sup> In einer solchen Konstellation wäre eine selbständige Schadenersatzklage der Gesellschaftsgläubiger sachlich gerechtfertigt.
- 338 Die Aktivlegitimation von Gesellschaftsgläubiger ausserhalb des Konkurses widerspricht aber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach, solange die Gesellschaft aufrecht steht, Gläubiger als Geschädigte ausser Betracht fallen.<sup>840</sup> Besondere Konstellationen, die eine Klage wegen

---

<sup>833</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 268 f. m.w.H.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, S. 69.

<sup>834</sup> Die Bonitätsminderung kann dabei auch permanenter Natur sein, da die Organe durch die Verfolgung von rein sportlichen Zielen den wirtschaftlichen Endzweck fortlaufend verletzen.

<sup>835</sup> Statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 236 f.

<sup>836</sup> Ablehnend BGE 117 II 432 E. 1b dd S. 438 f. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 268 m.w.H.; JURI, S. 481 m.w.H.

<sup>837</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 268 f.

<sup>838</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 268.

<sup>839</sup> Vgl. dazu NZZ vom 6.6.2012, 23, wonach beim abgewendeten Konkurs der EHC Kloten Sport AG im Sommer 2012 Gesellschaftsgläubiger auf Ansprüche im Umfang von mehreren Millionen verzichten mussten. Namentlich verzichtete ein Gläubiger, der gleichzeitig einer der Hauptsponsoren war, auf eine Forderung von rund CHF 2,7 Mio., und die Spieler nahmen eine Lohnreduktion von 15 % (auf ein Lohnvolumen von total ca. CHF 8 Mio.) hin.

<sup>840</sup> BGE 117 II 432 E. 1b dd S. 438 f.

Bonitätsminderung zuliessen, sind nur im Rahmen einer Vertrauenshaftung denkbar oder wenn dadurch ein Anspruch aus Art. 41 OR begründet werden könnte.<sup>841</sup>

Der endzweckwidrige Einsatz von Gesellschaftsmitteln vermag für sich keine derartigen Sonderkonstellationen zu begründen. Der Gesetzgeber hat für nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaften keine zusätzlichen Gläubigerschutzrechte vorgesehen (auch gemeinnützige Aktiengesellschaften verbrauchen erzielbare Mehrwerte, so dass es nicht zu einer Stärkung der Kapitalbasis kommt). Schliesslich wird es dem Gläubiger einer Sportaktiengesellschaft regelmässig auch nicht gelingen geltend zu machen, er sei im Sinne Art. 28 Abs. 1 OR absichtlich über den Endzweck der Gesellschaft getäuscht worden. Die fehlende Rentabilität von Sportaktiengesellschaften ist nämlich allgemein bekannt.<sup>842</sup>

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Gesellschaftsgläubiger durch den Endzweck bzw. durch eine allfällige faktische ideelle Zweckverfolgung, solange die Gesellschaft aufrecht steht, höchstens mittelbar betroffen sind. Das Risikoprofil der Sportaktiengesellschaft als Schuldnerin muss allenfalls aus Gläubigersicht korrigiert werden. Im Übrigen sind die Gesellschaftsgläubiger von der endzweckwidrigen Geschäftsführung nicht tangiert. Ihr Schutz ergibt sich unabhängig vom Endzweck primär aus Art. 725 Abs. 2 OR.

### 3. Steuern

#### Vorbemerkung

Steuerüberlegungen im Umfeld einer Aktiengesellschaft betreffen gleichermassen den Verwaltungsrat als Handlungsorgan der Gesellschaft und die Aktionäre, die in einer steuerrechtlich relevanten Beziehung zur Gesellschaft stehen. Die Thematik der Steuern bei wirtschaftlichem Endzweck könnte demnach auch beim Verwaltungsrat oder bei den Aktionären abgehandelt werden. In der vorliegenden Arbeit drängt es sich jedoch auf, Steuerfragen in einem eigenen Teil zu behandeln. Dadurch soll die Gegenüberstellung und die Wirkung des Endzwecks auf Steuerfragen einfacher veranschaulicht werden.

#### a) Steuerproblematik bei Sportaktiengesellschaften

Steuerrechtliche Fragestellungen sind bei Gesellschaften, die nicht dem aktienrechtlichen Normaltypus entsprechen, oftmals von erhöhter Bedeutung.<sup>843</sup> Vorliegend interessiert insbesondere die Frage, ob der Endzweck einer Aktiengesellschaft einen Einfluss auf die steuerrechtliche Behandlung haben kann.

Solange eine Aktiengesellschaft keinen betrieblichen Überschuss erwirtschaftet, fallen die steuerlichen Schwergewichte, namentlich Gewinnsteuern und Verrechnungssteuern bei der Gesellschaft sowie

<sup>841</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 269, eine Verletzung von Art. 41 OR kann bspw. bei «zivilrechtlichem Kreditbetrug» gegeben sein. Eine Vertrauenshaftung wäre bspw. bei Vorliegen einer rechtlichen Sonderverbindung zwischen einem Gesellschaftsorgan und dem Gesellschaftsgläubiger prüfenswert.

<sup>842</sup> Siehe vorne N 114 ff.

<sup>843</sup> So stellen sich bspw. bei der Ein-Mann-Aktiengesellschaft regelmässig Fragen betreffend verdeckte Gewinnausschüttung.

Einkommenssteuern beim Anteilseigner, grundsätzlich ausser Betracht. Von steuerrechtlicher Bedeutung sind demgegenüber Mittelflüsse, die nicht nach dem Prinzip «*dealing at arm's length*» (auch steuerrechtlicher Drittvergleich)<sup>844</sup> erfolgen und daher die Frage nach einer allfälligen Schenkungssteuer aktuell werden lassen. Dabei sind zwei Richtungen möglich. Entweder fliessen Mittel in die Gesellschaft hinein (bspw. Gönnerbeiträge zur Deckung des betrieblichen Defizits) oder aber aus der Gesellschaft heraus (bspw. finanzielle Unterstützung von anderen Sportvereinen wie bspw. des Stammvereins).

344 Bei der Prüfung der Frage, ob eine Sportaktiengesellschaft nicht vorzugsweise als Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem oder gemischtem Endzweck organisiert sein sollte, können Steuerüberlegungen eine zentrale Rolle spielen. Deshalb sollen nachfolgend solche Geldflüsse *in* die Sportaktiengesellschaft hinein und *aus* ihr heraus aus steuerrechtlicher Optik untersucht werden. Die ersteren, also zufließenden Mittel stammen regelmässig von Gönnern (bzw. von Mäzenen). Ihre steuerrechtliche Behandlung hängt davon ab, ob die Gönner gleichzeitig Aktionäre der Gesellschaft sind.

### b) Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung

345 Die schweizerischen Sportaktiengesellschaften sind – mit wenigen Ausnahmen – für die Finanzierung ihres Betriebs auf Gönnerbeiträge angewiesen.<sup>845</sup> Sie sind nämlich nicht in der Lage, aus ihrer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit ihren Finanzierungsbedarf zu decken und benötigen deshalb freiwillige Leistungen von Dritten. Wenn es darum geht, Mittel in eine Gesellschaft einzuschiessen,<sup>846</sup> stellt sich die Frage, welche steuerrechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben. Im Kontext des vorliegenden Kapitels ist dabei insbesondere von Interesse, ob ein Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Endzweck besteht. Der wirtschaftliche Endzweck beruht darauf, dass die Kapitalgeber einen Betrag in Form von Geld in eine Aktiengesellschaft einschiessen, mit dem Ziel, auf diesen Betrag Rendite zu erzielen.<sup>847</sup> Dagegen sind die Beweggründe eines Gönners in der Regel nicht unmittelbar wirtschaftlich motiviert.<sup>848</sup> Aus steuerrechtlicher Optik ergibt sich bei der Rechtsbeziehung zwischen dem Gönner mit Aktionärsstellung und der Gesellschaft ein Spannungsverhältnis gegenüber dem Grundsatz des Drittvergleichs.<sup>849</sup>

---

<sup>844</sup> Siehe zum steuerrechtlichen Grundsatz «*dealing at arm's length*» hinten N 911.

<sup>845</sup> Siehe zur Wirtschaftlichkeit der Schweizer Sportaktiengesellschaften vorne N 114 ff.

<sup>846</sup> Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 313, wonach bei Konzernverhältnissen auf ein reiches Menü an Möglichkeiten zurückgegriffen werden kann, um geldwerte Leistungen an die Untergesellschaft zu erbringen, wie bspw. *à-fonds-perdu*-Zuschüsse, übersetzte *Royalties*, Übernahme von Aktiven zu übersetztem Wert, Erbringen von Leistungen an andere Konzerngesellschaften ohne hinreichende Gegenleistung.

<sup>847</sup> Die Aktiengesellschaft kann in diesem Zusammenhang als Kapitalpumpe zur Erreichung eines bestimmten Zwecks verstanden werden. Siehe dazu vorne N 473.

<sup>848</sup> Für Gönner und Mäzene, die regelmässig ihrerseits Unternehmer sind, stellt sich die in der Praxis relevante Frage, wie die für die Finanzierung des Sportklubs betriebsnotwendigen Mittel möglichst steuerneutral in den Kreislauf der Sportaktiengesellschaft eingeschleust werden können. Häufig sind es steuerrechtliche Überlegungen, die den Aufbau von Konzernstrukturen im Wesentlichen motivieren. Siehe zur Bedeutung steuerrechtlicher Überlegungen für den Aufbau von Konzernstrukturen BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 141.

<sup>849</sup> Der steuerrechtliche Grundsatz des Drittvergleichs dient zur Ermittlung, ob bei einer Leistung zwischen einer juristischen Person und ihr nahestehenden juristischen oder natürlichen Personen eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt (vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG). Eine solche ist anzunehmen, wenn die zu beurteilende Leistung verglichen mit dem üblichen und marktgerechten Geschäftsgebaren als dermassen ungewöhnlich

Fliessen Mittel von Aktionären in die Gesellschaft, ist *prima facie* von einer Kapitaleinlage auszugehen.<sup>850</sup> Zuschüsse der Gesellschafter, die ohne entsprechende Gegenleistung an die Gesellschaft erbracht werden, sind grundsätzlich gleich wie die Begründung oder Erhöhung des Nennwerts von Beteiligungsrechten zu behandeln und somit regelmässig Gegenstand der Emissionsabgabe.<sup>851</sup> Hierfür gilt gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. h StG ein Freibetrag von CHF 1 Mio. Auf den Betrag, der darüber hinausgeht, ist die Emissionsabgabe geschuldet. Für die regelmässig defizitär operierenden Sportaktiengesellschaften ist der für Sanierungsfälle einschlägige Art. 6 Abs. 1 lit. k StG von ebenso grosser Bedeutung. Dieser sieht einen Freibetrag von CHF 10 Mio. vor. Die genannten Freibeträge sind allerdings einmalig, das heisst, sie können für die gesamte Lebensdauer einer Kapitalgesellschaft nur einmal geltend gemacht werden.<sup>852</sup> Auch Forderungsverzichte stellen im Sanierungsfall Zuschüsse im Sinne von Art. 5 lit. a StG dar.<sup>853</sup> Sobald der Freibetrag von CHF 10 Mio. erreicht ist, unterliegen Zuschüsse der Aktionäre grundsätzlich der Emissionsabgabepflicht.<sup>854</sup>

346

Unterstützen Gönner die Sportaktiengesellschaft mit liquiden Mitteln, ohne einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch und ohne den Willen,<sup>855</sup> diese Mittel je wieder als steuerbefreite Kapitaleinlage (im Sinne des Kapitaleinlageprinzips)<sup>856</sup> zurückzuerhalten oder sie gar gewinnbringend einzusetzen, stellt sich die Frage, ob statt einer Kapitaleinlage eine steuerrelevante Schenkung vorliegt. Schenkungen fallen unter das jeweilige kantonale Schenkungssteuergesetz, wobei nicht alle Kantone Schenkungen besteuern. Für die Annahme einer Schenkung wird sowohl im Zivil- als auch im Steuerrecht insbesondere Unentgeltlichkeit bzw. das Fehlen einer Gegenleistung vorausgesetzt.<sup>857</sup> Die Kapitaleinlage führt demgegenüber zu einem Vermögenszuwachs bei der Leistungsempfängerin und somit zu einem

347

---

zu qualifizieren ist, dass sie nicht bzw. nicht derart erbracht worden wäre, wenn der Leistungsempfänger der juristischen Person oder deren Anteilsinhabern nicht nahestehen würde. Vgl. dazu BGE 138 II 57 E. 2.3 S. 60 m.w.H.

<sup>850</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 3 DBG; Art. 7b StGH (Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)); Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> VStG. Unter Kapitaleinlagen sind demnach Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte geleistet worden sind, zu verstehen.

<sup>851</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a StG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. a StG (Bundesgesetz über Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (SR 641.10)). Die Höhe des Abgabebetrags ist gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b. StG 1 % des Betrages des Zuschusses.

<sup>852</sup> KS ESTV-Sanierung, Ziff. 3.3.2c. Zahlreiche Schweizer Sportaktiengesellschaften dürften diesen Betrag schon längst überschritten haben.

<sup>853</sup> KS ESTV-Sanierung, Ziff. 4.1.1.1a, 4.1.3a.

<sup>854</sup> Ausnahmsweise kann gemäss Art. 12 StG für Sanierungsleistungen, welche den Freibetrag überschreiten, Antrag auf Erlass oder Stundung der Emissionsabgabe gestellt werden, sofern deren Erhebung für die sanierungsbedürftige Gesellschaft eine offenkundige Härte bedeuten würde, vgl. diesbezüglich KS ESTV-Sanierung, Ziff. 3.3.3.

<sup>855</sup> Zivilrechtlich als Schenkungswille i.S.v. Art. 239 ff. OR.

<sup>856</sup> Siehe zum Kapitaleinlageprinzip KS ESTV-Kapitaleinlageprinzip.

<sup>857</sup> Art. 239 Abs. 1 OR und als Beispiel für ein kantonales Steuergesetz § 4 Abs. 1 ESchG ZH (Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz des Kantons Zürich ESchG (LS 632.1)); Diese Voraussetzung gilt für das Zivilrecht wie für das Steuerrecht gleichermassen, auch wenn ansonsten der zivilrechtliche und steuerrechtliche Schenkungsbegriff nicht identisch sind. Vgl. dazu BGE 118 Ia 497 E. 2b aa S. 500.

gleichzeitigen Wertzuwachs der Beteiligung beim Aktionär.<sup>858</sup> Die Vermögenslage des Leistenden verändert sich insgesamt nicht, da keine Entreicherung stattfindet.<sup>859</sup>

348 Zuwendungen des Aktionärs an die Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck sind demnach grundsätzlich als Kapitaleinlage zu qualifizieren. Diese Betrachtungsweise führt im Umkehrschluss dazu, dass ein Aktionär gegenüber der Aktiengesellschaft definitionsbedingt niemals eine Schenkung tätigen kann, da es am Element der Unentgeltlichkeit fehlt. Für die wirtschaftliche Aktiengesellschaft ist diese Aussage zutreffend. Sie überzeugt dann nicht, wenn die übertragenen Mittel nicht als Investition gedacht, sondern für den Konsum bestimmt sind. Dienen Einlagen der Verfolgung eines nichtwirtschaftlichen Förderzwecks, führt dies im Ergebnis nicht zu einem Wertzuwachs der Beteiligung. Die eingespeisten Mittel werden nicht gewinnbringend *gebraucht*, sondern *verbraucht*. Die Verfolgung des faktisch nichtwirtschaftlichen Endzwecks ist jedoch aktienrechtlich unzulässig. Sofern der Aktionär als formelles oder faktisches Organ die Geschäftsoberleitung kontrolliert, kommt es zu einem *endzweckwidrigen* Einsatz bzw. Konsum der Zuschüsse. In dieser Konstellation kann die Qualifikation als Kapitaleinlage in Frage gestellt werden, was zwangsläufig zur Annahme einer Schenkung als tatsächlichem Rechtsgrund führt.<sup>860</sup>

349 Bei der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck können Zuwendungen der Gönner mit Aktionärsstellung demnach entweder als steuerbare Schenkungen oder als Kapitaleinlagen qualifiziert werden. Entscheidend für diese Qualifikation ist der Rechtsgrund der Zuwendung und damit die Frage, ob die Mittel zwecks Konsum zu nichtwirtschaftlichen Zwecken oder als Investition hingegeben wurden.

### c) Zuwendungen von nahestehenden Gesellschaften

350 Erfolgt die Zahlung des Gönnerbetrags nicht durch den Gönner bzw. den Mäzen direkt, sondern indirekt über eine andere von ihm gehaltene Gesellschaft, können weitere Anknüpfungspunkte für eine Besteuerung vorliegen. Liegt dem Mittelfluss ein Rechtsgeschäft zugrunde, welches dem Drittvergleich standhält, ist der Vorgang steuerrechtlich unproblematisch.<sup>861</sup> Handelt es sich jedoch um eine derart ungewöhnliche Leistung, dass sie im üblichen Geschäftsleben nicht erbracht worden wäre, muss davon

---

<sup>858</sup> REICH, S. 612.

<sup>859</sup> REICH, S. 625.

<sup>860</sup> Vgl. OGer ZH LB110066 vom 12. Juli 2012: Der Verwaltungsrat und Aktionär einer Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck (Handballklub aus Zürich) versprach, einen Betrag von CHF 100'000.00 an die Gesellschaft zu überweisen zwecks Verfolgung der «Strategie Schweizer Meister». Das Obergericht ging davon aus, die Zahlung habe weder einen Sanierungszweck, noch sei sie wirtschaftlich motiviert, sondern verfolge lediglich die sportlich ehrgeizige Zielsetzung «*Schweizer Meister und Champions League-Qualifikation*» statt einer konservativeren mit der Zielvorgabe Rang 1-4». Es verneinte folglich die Qualifikation als *Zuzahlung* eines Aktionärs an die Gesellschaft und führte aus, wenn eine Zuwendung im Hinblick auf eine bestimmte Ausgabe der Gesellschaft erfolge, die andernfalls nicht getätigt würde und welche zudem nichtwirtschaftlich motiviert sei, weil dadurch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gesellschaft nicht langfristig gestärkt werde, liege aus zivilrechtlicher Betrachtungsweise eine Schenkung vor. Bemerkenswert ist, dass die Beweggründe des Aktionärs in Bezug darauf, wie die von ihm zugewendeten Mittel verwendet werden sollten, für die Qualifikation als Schenkung – und nicht als *Zuzahlung* – massgeblich waren. Vgl. dazu Art. 7b StHG und Art. 20 Abs. 3 DBG.

<sup>861</sup> BGE 131 II 722 E. 4.1 S. 726 f.



ausgegangen werden, dass der wahre Grund der Leistung im *Näheverhältnis* der Anteilsinhaber zur Leistungsempfängerin liegt.<sup>862</sup> Dies führt zur Anwendung der sog. *Dreieckstheorie*, wonach die geldwerte Leistung an den Nahestehenden als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt wird.<sup>863</sup> Die Leistung fließt dabei für eine logische Sekunde von der nahestehenden Gesellschaft zum Aktionär und wird sogleich an die Sportaktiengesellschaft weitergeleitet.<sup>864</sup> Auf der Seite der nahestehenden Gesellschaft wurde auf steuerbaren Gewinn im Umfang der verdeckten Gewinnausschüttung<sup>865</sup> verzichtet, was steuerrechtlich mittels einer Gewinnaufrechnung zu korrigieren ist.<sup>866</sup> Bei den Aktionären<sup>867</sup> führt die Anwendung der Dreieckstheorie zu Ertrag aus beweglichem Vermögen und somit zu Einkommenssteuern.<sup>868</sup> Zusätzlich ist die von der nahestehenden Gesellschaft erbrachte Leistung als Kapitaleinlage *oder* als Schenkung des Aktionärs zu betrachten mit den vorne beschriebenen Konsequenzen.<sup>869</sup>

Hält eine zu beurteilende Leistung zwischen sich nahestehenden Gesellschaften dem Drittvergleich nicht stand, ist gegebenenfalls zusätzlich mit Verrechnungssteuerfolgen<sup>870</sup> zu rechnen.<sup>871</sup> Vereinfacht dargestellt verlangt das Verrechnungssteuergesetz, dass bei einer Ausschüttung nur 65 Prozent an den Aktionär direkt ausgezahlt werden. Die übrigen 35 Prozent sind an die Steuerbehörde (Eidgenössische Steuerverwaltung) zu entrichten. Dem Aktionär werden später, wenn er die empfangene Leistung ordnungsgemäss deklariert, seine 35 Prozent von der Steuerbehörde zurückerstattet.<sup>872</sup> Die endzweckwidrige Leistung an die Sportaktiengesellschaft kann unter Umständen als verdeckte Gewinnausschüttung an den Aktionär betrachtet werden. Diese Betrachtungsweise birgt ein doppeltes verrechnungssteuerrechtliches Risiko. Wurde die korrekte Deklaration versäumt, kann einerseits der Aktionär den Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer einbüßen<sup>873</sup> und andererseits bei der nahestehenden

351

<sup>862</sup> BGE 138 II 57 E. 4.2 S. 61 f. m.w.H. Bei der Qualifikation, ob eine Person als «nahestehend» gelten kann, ist auf die Gesamtbetrachtung abzustellen, siehe dazu BGE 138 II 545 E. 4.2.2 S. 554. Vgl. auch SCHMUCKI/NORDIN, S. 41, wonach neben einem Beteiligungsverhältnis auch familiäre oder freundschaftliche Verhältnisse eine Rolle spielen können.

<sup>863</sup> BGE 138 II 57 E. 4.2 S. 61 f.

<sup>864</sup> Urteil des BGer 2C\_16/2015 vom 6. August 2015 E. 2.4.

<sup>865</sup> Zu beachten ist, dass die *verdeckte Gewinnausschüttung* im Steuerrecht und im Aktienrecht nicht deckungsgleich ist. Vgl. dazu RUSCH, Interzession, S. 100 ff.; WATTER, S. 138 ff.

<sup>866</sup> Vgl. REICH, S. 636; diese Gewinnaufrechnung erfolgt nur in steuerrechtlicher Hinsicht. Die Handelsbilanz der Gesellschaft bleibt bestehen.

<sup>867</sup> Sofern sie die Aktien in ihrem Privatvermögen halten. Vgl. dazu Urteil des BGer 2C\_16/2015 vom 6. August 2015 E. 2.4.

<sup>868</sup> Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG für die Gewinnaufrechnung und Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG für die Einkommenssteueraufrechnung. Vgl. dazu Urteil des BGer 2C\_16/2015 vom 6. August 2015 E. 2.4. Vgl. auch REICH S. 636 ff. mit eingehender Behandlung der Problematik.

<sup>869</sup> Wird die Zuwendung des Aktionärs an die Sportaktiengesellschaft als verdeckte Kapitaleinlage behandelt, könnte eine Umgehung der Stempelsteuer vorliegen, was zu einer Emissionsabgabe führen würde. Siehe dazu REICH, s. 640 m.w.H.

<sup>870</sup> Im Bereich der Verrechnungssteuer gilt grundsätzlich die *Direktbegünstigungstheorie*, wonach geldwerte Leistungen einer Gesellschaft an ihre Beteiligungsinhaber als steuerbare Leistungen anzusehen sind, Art. 4 Abs. 1 VStG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 VstV (Verordnung über Verrechnungssteuer vom 19. Dezember 1966 (SR 642.211)). Siehe dazu HOCHREUTENER, S. 87.

<sup>871</sup> KS ESTV-Kapitaleinlageprinzip, Ziff. 2.2.1.

<sup>872</sup> Vgl. Art. 1,13,14 und 21 VstG sowie Art. 20 Abs. 1 VStV.

<sup>873</sup> Die Verrechnungssteuer ist auf den Leistungsempfänger zu überwälzen, welcher die Rückerstattung beantragen kann, sofern die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (Art. 14 VStG). Wird die Gewinnausschüttung

Gesellschaft eine *Aufrechnung ins Hundert* drohen, was zu einer Verrechnungssteuerbelastung von rund 54 Prozent auf den zugeflossenen Betrag bedeutet.<sup>874</sup>

- 352 Hält der Gönner die Sportaktiengesellschaft und die leistende Gesellschaft nicht direkt, sondern über eine von ihm beherrschte Muttergesellschaft<sup>875</sup> (oder hält die Beteiligung in seinem Geschäftsvermögen<sup>876</sup>), ist grundsätzlich von der *modifizierten Dreieckstheorie* auszugehen.<sup>877</sup> Danach wird von einer Besteuerung der Muttergesellschaft abgesehen, da durch die Leistung lediglich eine Vermögensverschiebung von einer Tochtergesellschaft in die andere erfolgt. Am Gesamtwert beider Beteiligungen ändert sich im Ergebnis nichts.<sup>878</sup>
- 353 Die Entgegennahme einer unentgeltlichen Leistung kann schliesslich bei der Sportaktiengesellschaft Schenkungssteuern auslösen.

#### d) Zuwendungen von Nichtaktionären

- 354 Ist der Gönner bzw. Mäzen nicht Aktionär, ist kein Rechtsgrund ersichtlich, der eine Zuwendung ohne Gegenleistung rechtfertigen würde. Insbesondere kommt, da es an einer Aktionärsstellung fehlt, ein – steuerlich attraktiver – Zuschuss im Sinne einer Kapitaleinlage nicht in Betracht. Es ist folglich von einer Schenkung im Sinne von Art. 239 ff. OR auszugehen. Auf Schenkungen ist gemäss dem jeweiligen kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz eine Schenkungssteuer geschuldet.<sup>879</sup> Stammt die Zuwendung nicht von einer natürlichen Person, sondern von einer von ihr beherrschten Gesellschaft sind prekäre Steuerfolgen denkbar. Die Zuwendung könnte dann so behandelt werden, als sei in der

---

vom Leistungsempfänger nicht ordnungsgemäss entsprechend Art. 23 VStG deklariert, führt dies dazu, dass der Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer verfällt.

<sup>874</sup> Ist die Überwälzung auf den Anteilsinhaber nicht erfolgt bzw. ist kein Meldeverfahren möglich, erfolgt die Aufrechnung ins Hundert. Vgl. hierzu BGE 118 Ib 317 E. 3e S. 325. Vgl. dazu SCHMUCKI/NORDIN S. 43. Will bspw. der Mäzen bzw. Gönner der Sportaktiengesellschaft eine verdeckte Zuwendung von CHF 650'000.00 aus der Schwestergesellschaft zukommen lassen, beträgt die Verrechnungssteuer nicht nur 35 % dieses Betrages (CHF 227'500.00); vielmehr wird der Vorgang so behandelt, als ob die Gesellschaft eine Ausschüttung von CHF 1 Mio. hätte tätigen wollen und davon 65 % (also CHF 650'000.00) direkt überwiesen habe. Demnach sind 35 % Verrechnungssteuer auf den Betrag von CHF 1 Mio. (CHF 350'000.00) geschuldet. Auf eine Zuwendung von CHF 650'000.00 sind somit Verrechnungssteuern von CHF 350'000.00 abzuführen. Die Aufrechnung ins Hundert führt also zu einer Verrechnungssteuerbelastung von rund 54 %.

<sup>875</sup> Die nahestehende Gesellschaft wird in dieser Konstellation als Schwestergesellschaft bezeichnet.

<sup>876</sup> Wird die Gesellschaft nicht im Privat- sondern im Geschäftsvermögen gehalten, ist vom *Buchwertprinzip* auszugehen, wodurch sich die Anwendung der *modifizierten Dreieckstheorie* rechtfertigt. Siehe SCHMUCKI/NORDIN, S. 43.

<sup>877</sup> BUCHSER, S. 399 f. mit Verweisung auf REICH, S. 363 ff., auf welchen die *modifizierte Dreieckstheorie* zurückzuführen sei; Urteil des BGer 2C\_16/2015 vom 6. August 2015 E. 2.4.3. Siehe auch SCHMUCKI/NORDIN, S. 42 f.

<sup>878</sup> Vorausgesetzt wird, dass bei der Beteiligungsinhaberin (also der Muttergesellschaft) kein Abschreibungsbedarf entsteht und auch tatsächlich keine Abschreibung vorgenommen wird (Urteil des BGer 2C\_16/2015 vom 6. August 2015 E. 2.4.3 m.w.H.). Siehe dazu REICH, S. 639.

<sup>879</sup> Es gibt in der Schweiz indessen Kantone, die Schenkungen überhaupt nicht besteuern, wie bspw. der Kanton Schwyz. Bei allfälligen anonymen Gönnerbeiträgen stellt sich zudem die Frage, in welchem Kanton die Schenkung zu deklarieren ist. Immerhin sehen die meisten Kantone für geringfügige Schenkungen einen Freibetrag vor.

Gesellschaft des Gönners ein Gewinn entstanden,<sup>880</sup> der verdeckt dem Gönner zur Verfügung gestellt wurde,<sup>881</sup> welcher ihn dann dem Sportklub geschenkt habe.<sup>882 883</sup>

### e) Zuwendungen der Sportaktiengesellschaft an Dritte

Unterstützt die Sportaktiengesellschaft den Stammverein oder andere Nachwuchsorganisationen in einer Weise, die mit dem steuerrechtlichen Prinzip des Drittvergleichs nicht vereinbar ist, drohen auch ihr die Gewinnaufrechnung und der Empfängerin die Schenkungssteuerpflicht.<sup>884</sup> 355

Dem Anteilsinhaber der Sportaktiengesellschaft droht zudem die Einkommenssteuer auf den Beteiligungsertrag,<sup>885</sup> jedenfalls dann, wenn die Steuerbehörden den Grund der Begünstigung der Nachwuchsorganisation in den ideellen Motiven des Mäzens lokalisieren. Die Begünstigung ist nämlich steuerrechtlich als Gewinnverwendung zu qualifizieren, falls sie den Charakter eines Privataufwands aufweist.<sup>886</sup> Dann müsste gefordert werden, dass der Mäzen in einem ersten Schritt Dividende bezieht – was Einkommenssteuern auslöst – und erst in einem zweiten Schritt den Stammverein begünstigt. Im selben Sinne kann der Sachverhalt auch aus verrechnungssteuerrechtlicher Sicht betrachtet werden.<sup>887</sup> 356

Handelt es sich demgegenüber bei der Zuwendung um einen geschäftsmässig begründeten Aufwand der Gesellschaft (im Sinne von Art. 59 DBG), fällt eine derartige Gewinnverwendung ausser Betracht. Ein geschäftsmässig begründeter Aufwand ist etwa dann gegeben, wenn der potentiellen Begünstigung Werbecharakter zukommt. Steht sie jedoch in keinem kausalen Zusammenhang mit dem verfolgten Zweck der Gewinnerzielung, ist sie nicht zum Abzug zuzulassen.<sup>888</sup> 357

### f) Zwischenergebnis

Mittelflüsse, die nicht dem Grundsatz *«dealing at arm's length»* entsprechen, sind steuerrechtlicher Sicht problematisch. Unentgeltliche Zuwendungen der Aktionäre, die dem in Verfolgung nichtwirtschaftlicher Ziele verbraucht werden, können statt als Kapitaleinlagen als steuerbare Schenkungen qualifiziert werden. 358

<sup>880</sup> Gewinnaufrechnung in der Gesellschaft i.S.v. Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG.

<sup>881</sup> Einkommenssteuer auf Beteiligungsertrag beim Aktionär (Art. 20 Abs. 1 lit. c und Art. 7 Abs. 1 StHG) und Verrechnungssteuer bei der Gesellschaft Art. 4 Abs. 1 VStG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 VstV.

<sup>882</sup> Schenkungssteuer bei der Sportaktiengesellschaft.

<sup>883</sup> Die Schenkungssteuer setzt sich häufig aus einem progressiven Steuersatz und einem Multiplikationsfaktor zusammen, der nach Verwandtschaftsgrad ausgerichtet ist, so bspw. ESchG ZH. Im Kanton Zürich wäre auf einen Gönnerbetrag von CHF 1 Mio. in Anwendung von § 22 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 lit. f. ESchG ZH eine Schenkungssteuer von CHF 330'000.00 geschuldet. Immerhin löst der aus der empfangenen Schenkung resultierende Ertrag keine Gewinnsteuern aus (vgl. Art. 60 lit. c DBG und Art. 24 Abs. 2 lit. c StHG).

<sup>884</sup> SCHERRER/GRETER, S. 44.

<sup>885</sup> Art. 20 Abs. 1 lit. c und Art. 7 Abs. 1 StHG.

<sup>886</sup> Vgl. DÜRR, § 7 N 24 f. Ferner KOLLER, S. 470.

<sup>887</sup> Siehe dazu soeben N 351.

<sup>888</sup> Vgl. Urteil des BGer 2A.358/2002 vom 29. November 2002 E. 3.2.

- 359 Stammt die Zuwendung von einer nahestehenden Gesellschaft, drohen bei dieser wiederum die Aufrechnung von Gewinn sowie Verrechnungssteuern und bei der Sportaktiengesellschaft Stempelsteuern *oder* Schenkungssteuern. Der Aktionär läuft somit Gefahr, für Einkommen aus Beteiligungsertrag nachträglich besteuert zu werden.
- 360 Auf unentgeltliche Zuwendungen von Nichtaktionären sind Schenkungssteuern zu entrichten. Leistet der Gönner ohne Aktionärsstellung die Zuwendung nicht persönlich, sondern orchestriert er sie über eine von ihm gehaltene Gesellschaft, hat seine Gesellschaft mit Aufrechnung von Gewinn sowie Verrechnungssteuern und er persönlich mit Einkommenssteuern auf dem Beteiligungsertrag zu rechnen.
- 361 Weiter kann die Zuwendung der Sportaktiengesellschaft an einen Dritten wie bspw. einen Nachwuchsverein zur Gewinnaufrechnung und Verrechnungssteuerfolgen bei Ersterer und zu einer Schenkungssteuerpflicht bei Letzterem führen. Der Aktionär könnte auch in diesem Szenario nachträglich mit Einkommenssteuern belastet werden.
- 362 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine gesetzeswidrige Deklaration strafbares Verhalten darstellen kann.<sup>889 890</sup> Für einen Mäzen, der ideelle, sportliche Ziele fördern will, kann sich die wirtschaftliche Aktiengesellschaft als steuerrechtliches Minenfeld entpuppen.

#### 4. Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit

- 363 Sportvereine sind Teil des gesellschaftlichen Zusammenlebens und übernehmen daher viele Gemeinwohlaufgaben.<sup>891</sup> Sie begünstigen die Sozialisation und Integration.<sup>892</sup> Der Sport ist auch Träger von sozialen und erzieherischen Werten wie dem Fair-Play-Grundsatz, dem Mannschaftsgeist, der Toleranz sowie der Solidarität. Vor diesem Hintergrund ist die Motivation der vielen Personen zu sehen, die den Sport entschädigungslos unterstützen.<sup>893</sup> Solche Personen leisten Gratisarbeit, wenn Bedarf vorhanden ist (Freiwilligenarbeit), oder üben Funktionen ehrenamtlich aus (Ehrenamtlichkeit).<sup>894</sup> Von den rund 350'000 Ämtern, die im Schweizer Vereinssport zu besetzen sind, werden rund 96 Prozent im Ehrenamt ausgeübt.<sup>895</sup> Dazu kommen unzählige Stunden an Freiwilligenarbeit.<sup>896</sup>
- 364 Es kann davon ausgegangen werden, dass auch in den professionalisierten Klubs der jeweils obersten zwei Spielklassen im Eishockey und im Fussball Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit vorzufinden

---

<sup>889</sup> Vgl. Art. 55 ff. StHG; Art. 174 ff. DBG; Art. 45 ff. StG; Art. 61 ff. VStG.

<sup>890</sup> Siehe zum geschäftsmässig begründeten Aufwand hinten N 602 ff.

<sup>891</sup> LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, S. 17.

<sup>892</sup> LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, S. 18.

<sup>893</sup> DIACONU, S. 117. Ferner zum Altruismus im Sport PACHMANN, S. 136 ff.

<sup>894</sup> Vgl. KALBERMATTER, S. 119 zu «Frondiensten».

<sup>895</sup> LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, S. 4, 21 mit dem Hinweis, dass dies einem hypothetischen Gesamtwert von rund CHF 2 Mrd. entspräche.

<sup>896</sup> LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, S. 5, wonach in der Schweiz jährlich Freiwilligenarbeit im Gegenwert von rund CHF 75 Mio. geleistet wird.

sind.<sup>897</sup> Dies dürfte einerseits mit dem emotionalen Zugehörigkeitsgefühl der Anhänger (Fans)<sup>898</sup> und andererseits mit dem entstehungszeitlichen Hintergrund, der Entwicklung von Sportaktiengesellschaften aus Stammvereinen, zusammenhängen.<sup>899</sup> Der *Goodwill*, der Menschen dazu bewegt, ohne Entgelt für eine Sportorganisation tätig zu werden, dürfte in hohem Masse von der ideellen Zwecksetzung abhängen. Mit anderen Worten dürfte es für die Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck ungleich schwerer sein, freiwilligen und ehrenamtlichen Einsatz erhältlich zu machen, während gleichzeitig Dividenden ausgeschüttet würden.<sup>900</sup> Durch die Unterstützungsbereitschaft von Freiwilligen und Ehrenamtlichen werden bei der Sportaktiengesellschaft Kosten eingespart. Im Ergebnis kommt das einem Vermögenszuwachs gleich, indem die Aktiven der Gesellschaft nicht verringert werden. Insofern weist der Einsatz von Ehrenamtlichen und Freiwilligen Ähnlichkeiten mit dem Engagement von Gönnern auf, die durch Zuwendungen ebenso einen Vermögenszuwachs bei der Sportaktiengesellschaft bewirken.<sup>901</sup>

Solange keine Dividendenausschüttung erfolgt und der wirtschaftliche Endzweck faktisch gar nicht verfolgt wird, können sich Freiwillige und Ehrenamtliche mit der ideellen Natur des Sports identifizieren. Bei Realisation des wirtschaftlichen Endzwecks hingegen wird die Sportaktiengesellschaft aber nicht oder nicht mehr im gleichem Umfang auf Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit zählen können.

365

## 5. Sportförderung durch die öffentliche Hand

Die rechtliche Beziehung zwischen Sportklubs und dem Gemeinwesen ist für Sportaktiengesellschaften von erhöhter Bedeutung. Sport ist nicht nur Kern der Tätigkeit der Sportaktiengesellschaft, sondern zugleich eine öffentliche Aufgabe (vgl. Art. 68 BV). Im Sport tätige Organisationen haben die Möglichkeit, in ihrem Rechtsverhältnis zum Staat privilegiert behandelt zu werden. Die Bevorzugung kann sich namentlich im Empfangen von Fördergeldern oder in tieferen Nutzungsgebühren bei der Benutzung von kommunaler Infrastruktur sowie in einer Reduktion der Kostenbeteiligung bei Sportanlässen äussern.

366

Sowohl auf Bundes-<sup>902</sup> als auch auf kantonaler und kommunaler Ebene<sup>903</sup> bestehen Rechtsgrundlagen, die eine finanzielle Unterstützung durch Fördergelder der öffentlichen Hand ermöglichen. Diese

367

<sup>897</sup> Vgl. Geschäftsbericht der letzten Jahre der Hockey Club Davos AG und des Vereins Hockey Club Davos, mit einleitendem Dank an die Verwaltungsratsmitglieder der Sportaktiengesellschaft und den Vorstand des Stammvereins für die ehrenamtliche Mandatsausübung. Vgl. auch KALBERMATTER, S. 119 f.

<sup>898</sup> Siehe zum Begriff Fan vorne N 265 ff.

<sup>899</sup> In der Wahrnehmung vieler Aussenstehender dürften der Stammverein und die Sportaktiengesellschaft nach wie vor eine Einheit bilden, so dass schlicht und ohne weitere Differenzierung «der Klub» unterstützt wird.

<sup>900</sup> Kaum denkbar wäre die ehrenamtliche Ausübung eines Verwaltungsratsmandats bei einem Pharmakonzern, auch wenn die Entwicklung von neuen Medikamenten aus ideellen Gesichtspunkten wünschenswert erscheint. Demgegenüber ist die ehrenamtliche Übernahme eines Stiftungsratsmandats bei einer Stiftung, die sich im Bereich der medizinischen Forschung einsetzt, weitaus realistischer.

<sup>901</sup> Siehe vorne N 251.

<sup>902</sup> Vgl. Art. 68 BV und SpoFöG.

<sup>903</sup> Vgl. Art. 121 KV ZH, Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101) und auf kommunaler Ebene Art. 74 lit. d der Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970 (AS 101.100). Vgl. zudem auf interkantonaler Ebene Art. 7 der Interkantonalen Vereinbarung betreffend gemeinsame Durchführung von Lotterien vom 26. Mai 1937.

Beiträge sind in erster Linie auf die Sportförderung im Allgemeinen und die Nachwuchsförderung im Besonderen ausgerichtet.<sup>904</sup>

368 Grundsätzlich können auch Sportaktiengesellschaften Empfängerinnen von staatlichen Fördermitteln sein. Meist werden Fördermittel indessen an die nationalen Dachverbände ausgeschüttet und von dort aus an die Verbandsmitglieder weitergeleitet. Im Falle der Professional-Klubs, bei denen es sich ja durchweg um Aktiengesellschaften handelt, kommt es somit zu einer Weiterleitung der Gelder an Körperschaften mit wirtschaftlichem Endzweck. Sind Fördermittel für die Unterstützung von Nachwuchsmannschaften vorgesehen, die in Sportaktiengesellschaften eingegliedert sind, sind zumindest Bedenken darüber am Platz, inwiefern die beabsichtigte zweckgebundene Verwendung durchgesetzt werden kann.<sup>905</sup> <sup>906</sup> Für den Staat kann der wirtschaftliche Endzweck einer Sportaktiengesellschaft als Endempfängerin einer Leistung zum Problem werden, wenn dadurch eine Zweckentfremdung der Fördermittel droht.

369 Die Zusammenarbeit mit der öffentlichen Hand ist auch im Zusammenhang mit der Benutzung öffentlicher Sportanlagen von grosser Bedeutung.<sup>907</sup> Die Mehrheit der Sportstadien der Schweiz dürfte im Eigentum des Gemeinwesens stehen. Private haben Nutzungsgebühren zu entrichten. Durch geeignete Absprachen mit der öffentlichen Hand lassen sich oftmals tiefe bzw. tiefere Nutzungsgebühren realisieren.<sup>908</sup> Die Sportorganisationen (sowohl der professionelle Bereich in der Sportaktiengesellschaft als auch der Amateur- und Nachwuchsbereich im Stammverein) können demnach von tieferen Kosten und Gebühren profitieren, als es bspw. einem gewöhnlichen Privaten in einem Rechtsverhältnis zum Staat möglich ist. Die Privilegierung steht auch hier im Zusammenhang mit der ideellen Natur des Sports.<sup>909</sup> Gerade im Bereich der Infrastruktur ist in jüngerer Zeit eine Zusammenarbeit mit dem Gemeinwesen auch bei eigenen Infrastrukturprojekten der Sportklubs zu beobachten. Für den Bau einer zweiten Trainingshalle im Emmental (SCL Tigers), die von kantonalen Mitteln und Bundesgeldern mitfinanziert werden soll,<sup>910</sup> wurde die Ilfishalle Sport & Event AG gegründet, eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck.<sup>911</sup> Beim Stadionprojekt der ZSC Lions hat der Zürcher Stadtrat das Problem

---

<sup>904</sup> Siehe dazu Sport als Gegenstand der Rechtsordnung, vorne N 92 f. Siehe zur öffentlichen Sportfinanzierung im Allgemeinen HÜGL, § 10 N 31 ff.; PHILIPP, S. 3 ff.

<sup>905</sup> Siehe zur Weiterleitung von Geldern vom Dachverband an die Sportaktiengesellschaften sogleich N 375 f.

<sup>906</sup> Bspw. betreffend Verwendung der Gelder der Sport-Toto-Gesellschaft als Fördermittel. Siehe dazu <<http://www.sport-toto.ch> => Fördermittel => Benefiziarer => Schweizer Fussball> (Stand 28. Februar 2018), wonach die von der Sport-Toto-Gesellschaft zur Verfügung gestellten Mittel zweckgebunden sind und für die Förderung des Spitzennachwuchses bei den Frauen und Männern sowie in die Ausbildung von Schiedsrichtern und Trainern investiert werden müssen.

<sup>907</sup> LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, S. 33.

<sup>908</sup> Vgl. LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, S. 34.

<sup>909</sup> Siehe zur ideellen Natur des Sports vorne N 158.

<sup>910</sup> Auch im Bereich Infrastruktur können Fördergelder eingesetzt werden. Auf Bundesebene sind im Rahmen des Nationalen Sportanlagenkonzepts (NASAK) Beiträge an den Bau- bzw. Ausbau von Sportanlagen möglich. Vgl. Art. 42 ff. SpoföV (Verordnung über die Förderung von Sport und Bewegung vom 23. Mai 2012 (SR 415.01)) sowie Art. 79 ff. VSpoföP (Verordnung des VBS über Sportförderungsprogramme und -projekte vom 25. Mai 2012 (415.011)).

<sup>911</sup> Vgl. Auszug aus dem Zweckartikel der Ilfishalle Sport & Event AG: «Die Gesellschaft bezweckt die finanzielle, strukturelle und personelle Unterstützung sowie Förderung des Breitensports allgemein und der

des wirtschaftlichen Endzwecks dahingehend entschärft, dass die vereinbarte Betriebsgarantie von CHF 2 Mio. nur gewährt wird, solange die dahinterstehende wirtschaftliche Immobilienaktiengesellschaft<sup>912</sup> keine Gewinne ausschüttet.<sup>913</sup> Diese Beispiele zeigen, dass die finanzielle Unterstützung im Rahmen der Sportförderung mit dem wirtschaftlichen Endzweck einer Aktiengesellschaft in einem Spannungsverhältnis steht.

Schliesslich kann sich der wirtschaftliche Endzweck einer Aktiengesellschaft auf die Verhandlungen bezüglich Kostenbeteiligung für Polizeieinsätze rund um Meisterschaftsspiele auswirken. Dem Gemeinwesen kommt bei der Festsetzung des Kostenbeitrags für polizeiliche Leistungen ein grosses Ermessen zu.<sup>914</sup> Die Bemessung des Kostenersatzes kann sich danach richten, ob eine Veranstaltung einem ideellen Zweck dient und insofern im öffentlichen Interesse liegt.<sup>915</sup> Kosten, die im Zusammenhang mit Sportanlässen wie Meisterschaftsspielen der Professional-Sportklubs entstehen, werden regelmässig reduziert<sup>916</sup> oder es werden vorteilhafte Pauschalvereinbarungen getroffen.<sup>917</sup> Würden die Aktionäre von Sportaktiengesellschaften tatsächlich relevante Dividenden beziehen, dürfte die Praxis der privilegierten Behandlung von Sportanlässen der Sportaktiengesellschaft nicht nur rechtlich, sondern auch politisch ins Schwanken geraten.<sup>918</sup>

Der wirtschaftliche Endzweck einer Sportaktiengesellschaft steht demnach in einem Spannungsverhältnis zur Sportförderung durch die öffentliche Hand und wird spätestens dann problematisch, wenn die Aktionäre tatsächlich vermögensrechtliche Vorteile erlangen.

---

Hockeybewegung im Oberen Emmental im Besonderen. [...] Die Gesellschaft ist nicht gewinnorientiert. Es werden weder Dividenden, Tantiemen noch Sitzungsgelder ausgerichtet. Allfällige Erträge sind vollumfänglich für die statutarischen Zwecke einzusetzen.»

<sup>912</sup> ZSC Lions Immobilien AG.

<sup>913</sup> Siehe dazu Auszug aus dem Protokoll des Stadtrats von Zürich vom 2. September 2015, Geschäft 756, Finanzdepartement, Eishockey- und Sportarena, Gewährung eines Baurechts, eines rückzahlungspflichtigen Darlehens von 120 Millionen Franken und eines jährlichen Betriebsbeitrags von 2 Millionen Franken an die ZSC Lions Arena Immobilien AG sowie Objektkredite von 2,8 Millionen Franken für Altlastenbereinigung und von 1,9 Millionen Franken für allfällige Erschliessungsmassnahmen; Ziff. 5.3 Betriebsbeitragsvertrag: *«Die Immobilien AG bzw. deren Aktionärinnen oder Aktionäre verzichten auf eine Gewinnausschüttung, solange der Betriebsbeitrag durch die Gesellschaft in Anspruch genommen wird. Ein allfälliger Gewinn der Immobilien AG wird zu drei Vierteln zur schnelleren Rückzahlung des Darlehens bzw. zu einem Viertel zur Stärkung des Eigenkapitals verwendet.»*

<sup>914</sup> Vgl. Art. 58 PolG ZH (Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007 LS 550.1), mit einer *Kann-Formulierung*.

<sup>915</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 2 PolG ZH.

<sup>916</sup> Vgl. NZZ vom 25.6.2009, 47, «Sportklubs müssen Polizeieinsätze übernehmen», wonach Polizeikosten bei Veranstaltungen ohne öffentliches Interesse oder ohne ideellen Hintergrund (wie bspw. Generalversammlungen von Aktiengesellschaften) vollständig dem Veranstalter in Rechnung gestellt werden. Demgegenüber sei bei Veranstaltungen mit ideellem Hintergrund oder solchen, die öffentlichen Interessen dienen (wie Sportanlässe), die teilweise Überwälzung zulässig.

<sup>917</sup> Vgl. WYSS, S. 89, betreffend die Vereinbarung der Stadt Bern mit der SCB Eishockey AG und der Stade de Suisse Wankdorf AG.

<sup>918</sup> Vgl. Basellandschaftliche Zeitung vom 7. Oktober 2016, 31 «Neue Diskussion um Sicherheitskosten an Spielen des FC Basel», wonach das Gemeinwesen eine neue Kostenüberwälzungsregelung auszuhandeln habe, weil es nicht angehe, ein florierendes Wirtschaftsunternehmen wie den FC Basel indirekt zu subventionieren.

## 6. Dachverband

### a) Relevanz des wirtschaftlichen Endzwecks der Sportaktiengesellschaft für den Dachverband

- 372 Die Sportaktiengesellschaft ist Vereinsmitglied ihres Dachverbands.<sup>919</sup> Vereinsmitglieder können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Die Rechtsform eines Vereinsmitglieds hat auf dessen mitgliedschaftsrechtliche Rechte und Pflichten keinen Einfluss. Für die juristische Person gilt, dass sie Mitglied eines Vereins sein kann, sofern sie fähig ist, im Rahmen der Vereinsversammlung eine rechtlich verbindliche Willenserklärung abzugeben.<sup>920</sup> Machen sich die Vereinsmitglieder jedoch den kaufmännisch tätigen Verein zunutze, um eigene wirtschaftliche Vorteile zu verfolgen, kann dies zur unzulässigen Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins führen.<sup>921</sup> Es ist Gegenstand der Diskussion im Schrifttum, ob der nichtwirtschaftliche Verein als Personenvereinigung die passende Rechtsform für Veranstalter von kommerziellen Sportanlässen ist, da eine erhebliche wirtschaftliche Komponente nicht von der Hand zu weisen ist und regelmässig ein kaufmännisches Unternehmen betrieben wird.<sup>922</sup>
- 373 Der wirtschaftliche Endzweck ist dann gegeben, wenn den Gesellschaftern vermögensrechtliche Vorteile zukommen.<sup>923</sup> Solange die wirtschaftlichen Vorteile gegenüber dem ideellen Hauptzweck von untergeordneter Bedeutung sind, wird der nichtwirtschaftliche Endzweck des Vereins nicht gefährdet.<sup>924</sup> Das Bundesgericht hat aus diesem Grund die Zulässigkeit der Vereinsform für Dachverbände bisher bejaht.<sup>925</sup> Allerdings hatte es bisher noch keinen Fall zu entscheiden, der sich nach dem Wechsel der Klubs von der Vereinsform zur Aktiengesellschaft ereignet hat. Durch die Einführung von Aktiengesellschaften<sup>926</sup> anstelle von Vereinen und die anhaltende Kommerzialisierung hat sich die Sachlage, wie sogleich aufzuzeigen sein wird, verändert.
- 374 Die Dachverbände entwickeln sich im Zuge der Kommerzialisierung immer weiter weg von ihrer ursprünglichen Regulierungs- und Organisationsfunktion und werden zu Erbringern von Dienstleistungen der Unterhaltungsindustrie, die sich insbesondere mit der Vermarktung von gewinnbringenden Veranstaltungen befassen.<sup>927</sup> Weil die Klubs in der Rechtsform der Aktiengesellschaft organisiert sind, wird bisweilen auch von einer «Sportunternehmenspyramide» (Aktiengesellschaften als Mitglieder des Dachverbands) gesprochen, die neben der Sportverbandspyramide (Vereine als Mitglieder des

---

<sup>919</sup> Siehe zur Organisationsstruktur der SFL/SFV und SIHF vorne N 111 ff.

<sup>920</sup> Siehe hinten N 810.

<sup>921</sup> Siehe zum nichtwirtschaftlichen Endzweck und zur Gewinnorientierung bei Vereinen vorne N 45 f.

<sup>922</sup> HÜGI, § 8 N 51.

<sup>923</sup> BADDELEY, L'association sportive, S. 42.

<sup>924</sup> BADDELEY, L'association sportive, S. 43.

<sup>925</sup> BGE 97 I 488 E. 1 S. 490. Siehe dazu PACHMANN, S. 216 f.

<sup>926</sup> Ironischerweise wurde die Rechtsformpflicht vom Dachverband vorgeschrieben, siehe dazu vorne N 98 f.

<sup>927</sup> PACHMANN, S. 216.



Dachverbands) besteht.<sup>928</sup> Die Monopolstellung des Dachverbands, bspw. bei der Zentralvermarktung, erlaubt es diesem, Gewinne zu erwirtschaften, die ein einzelnes Mitglied nicht generieren könnte.<sup>929</sup>

## **b) Weiterleitung und Zweckgebundenheit von geldwerten Vorteilen**

Die Frage nach dem wirtschaftlichen Endzweck entscheidet sich wie erwähnt danach, ob den Mitgliedern geldwerte Vorteile zukommen oder nicht.<sup>930</sup> Ein vermögensrechtlicher Vorteil gilt jedoch nur dann als erlangt, wenn er dem Vereinsmitglied selbst zugutekommt. Sind die Vereinsmitglieder verpflichtet, die erhaltenen Beträge an ihre eigenen Mitglieder weiterzuleiten, ist darin keine Verletzung des nicht-wirtschaftlichen Endzwecks zu erblicken.<sup>931</sup> Dasselbe gilt, wenn das Vereinsmitglied die Mittel für ideelle Zwecke verwendet. Erhält ein Verband bspw. geldwerte Mittel, die er an ihm angeschlossene Vereine weiterleitet, hat er im Ergebnis keinen unzulässigen wirtschaftlichen Endzweck realisiert.<sup>932</sup> Bei Lichte betrachtet geht es darum, den Verein nicht als Vehikel für Gewinnausschüttungen zu missbrauchen, wodurch sich die scharfe Abgrenzung zur wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ergibt.<sup>933</sup>

375

Solange die Mitglieder von Sportverbänden als Vereine konstituiert sind, besteht eine Gewährleistung dafür, dass keine Mittel für einen wirtschaftlichen Endzweck zweckentfremdet werden. Gewinnausschüttungen sind demgegenüber grundsätzlich dann unzulässig, wenn es sich bei den Mitgliedern des Verbandes um gewinnstrebige Aktiengesellschaften handelt.<sup>934</sup> Lediglich, wenn die zugewiesenen Mittel zweckgebunden, das heisst im Einklang mit dem Verbandszweck, verwendet werden müssen, kann die Verwirklichung des unzulässigen wirtschaftlichen Endzwecks beim Dachverband verhindert werden.<sup>935</sup>

376

## **c) Verlängerung des wirtschaftlichen Endzwecks in den Dachverband?**

Die Rechtsform der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft und ihre Eigenschaft als Vereinsmitglied des Dachverbands führen zur Frage, ob sich der wirtschaftliche Endzweck in den Dachverband hinein «verlängert».

377

Verbände schütten zweckgebundene Beiträge zur Förderung und Entwicklung ihrer Sportart an ihre Mitglieder aus.<sup>936</sup> Die Mittel stammen etwa von der Sport-Toto-Gesellschaft,<sup>937</sup> vom BASPO, von Swiss Olympic oder von einem übergeordneten, internationalen Dachverband. Solange solche Gelder an

378

---

<sup>928</sup> DIAS, S. 92 f.; HÜGI, § 8 N 112. Vgl. auch KALBERMATTER, S. 89 ff.

<sup>929</sup> PACHMANN, S. 216.

<sup>930</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 32. Siehe auch DIAS, S. 47.

<sup>931</sup> DIAS, S. 47. BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 47.

<sup>932</sup> Vgl. DIAS, S. 50.

<sup>933</sup> Vgl. DIAS, S. 48.

<sup>934</sup> PACHMANN, S. 216 FN 83.

<sup>935</sup> PACHMANN, S. 216.

<sup>936</sup> HÜGI, § 8 N 54.

<sup>937</sup> Die Sport-Toto-Gesellschaft ist ein im Handelsregister eingetragener Verein im Sinne von Art. 60 ZGB mit Sitz in Basel.

weitere Vereine oder für einen nichtwirtschaftlichen End- bzw. Teilendzweck aufgewendet werden, ist der nichtwirtschaftliche Endzweck des Dachverbands nicht verletzt.<sup>938</sup> Die enge Verflechtung zwischen der Sportaktiengesellschaft und dem Stammverein dürfte aber im Hinblick auf die zweckgebundene Verwendung zu unscharfen Verhältnissen führen und die Kontrolle stark erschweren.<sup>939</sup> Handelt es sich bei den Empfängern der Leistungen nicht um Vereine im Sinne von Art. 60 ff. ZGB, sondern um wirtschaftliche Aktiengesellschaften, besteht die latente – und wohl nur schwierig zu bannende – Gefahr, letztlich die vermögensrechtlichen Interessen der Aktionäre von Sportaktiengesellschaften zu fördern.

- 379 Der Dachverband ist zudem zuständig für die Zentralvermarktung der Fernsehübertragungsrechte. Diesbezüglich ist eine wirtschaftliche Komponente kaum von der Hand zu weisen, denn die Klubs – als Inhaber der Rechte – sind in einem Verein zusammengeschlossen, der durch die Zentralvermarktung die wirtschaftlichen Interessen der Sportaktiengesellschaften fördert und die Erträge aus den Übertragungsrechten an sie weiterleitet.<sup>940</sup> Ein Blick auf die Jahresabschlüsse der SIHF und der SFL zeigt folgendes Bild: Die SIHF<sup>941</sup> weist für das Geschäftsjahr 2016/2017 einen Umsatz von CHF 42 Mio. aus, wobei CHF 26 Mio. der Einnahmen aus der Vermarktung stammen.<sup>942</sup> Demgegenüber betragen die Einnahmen aus den «klassischen» Verbandsaufgaben wie Lizenzen, Gebühren und Dienstleistungen an die Klubs lediglich CHF 4 Mio. Die Bilanz der SIHF weist Ausschüttungen von rund CHF 16 Mio. an die Klubs aus, wobei der neue Fernsehvertrag erstmals nach der Saison 2017/2018 Wirkung entfalten wird.<sup>943</sup> Bei der SFL erreichte der Gesamtumsatz in der Saison 2016/2017 rund CHF 26 Mio., wovon CHF 24 Mio. aus der Verwertung von Fernsehübertragungsrechten stammten; an die Klubs wurden ca. CHF 17 Mio. unter der bilanziellen Position «Entschädigungen aus Urheberrechten» ausgeschüttet. Den publizierten Jahresrechnungen ist jedoch nicht abschliessend zu entnehmen, in welchem Umfang genau der Dachverband wirtschaftliche Interessen der Mitglieder verfolgt. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass die Fussballnationalmannschaft vom SFV vermarktet wird und nicht von der SFL. Demgegenüber beinhaltet der Abschluss der SIHF auch die Nationalmannschaft sowie den Junioren- und Amateurbereich. An dieser Stelle ist auch nochmals in Erinnerung zu rufen, dass ein wirtschaftlicher Nebenzweck im Vereinsrecht unter gewissen Bedingungen zulässig ist.<sup>944</sup> Immerhin lässt sich feststellen,

---

<sup>938</sup> Vgl. DIAS, S. 70 f.

<sup>939</sup> Siehe zur Verflechtung zwischen Aktiengesellschaft und Stammverein vorne N 106 ff.

<sup>940</sup> Zudem ist bei der Zentralvermarktung von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellrechts auszugehen, siehe dazu HÜGLI, § 18 N 19, sowie zu kartellrechtlichen Berührungspunkten im Allgemeinen GUROVITS/MADONNA-QUADRI/FISCHER, S. 196 ff. Siehe zum Spannungsverhältnis zwischen Verbands- und Klubinteressen HAAS/MARTENS, S. 53.

<sup>941</sup> Geschäftsbericht der SIHF 2016/2017, abrufbar unter <<https://www.sihf.ch>> Organisation => Geschäftsbericht> (Stand 28. Februar 2018).

<sup>942</sup> Zu berücksichtigen ist, dass die SIHF auch die Fernsehrechte der Nationalmannschaft vermarktet, wohingegen im Fussball die SFV für die Nationalmannschaft und die SFL für die Super League und die Challenge League verantwortlich ist.

<sup>943</sup> Ab der Saison 2017/2018 tritt der neue TV-Vertrag in Kraft, welcher der SIHF jährliche Einnahmen in der Höhe von durchschnittlich CHF 35,4 Mio. einbringt. Siehe dazu Medienmitteilung der SIHF vom 18. Januar 2017, abrufbar unter <<https://www.sihf.ch>> Media => News> (Stand 28. Februar 2018).

<sup>944</sup> Siehe zur Gewinnorientierung vorne N 45 f.

dass sich die Grössenordnung der Ausschüttungen an die Klubs in einem Rahmen bewegt, der den nicht-wirtschaftlichen Endzweck des Dachverbands zumindest in Frage stellt.<sup>945</sup>

Die Überlegungen zum hier beschriebenen Problem der Verlängerung des wirtschaftlichen Endzwecks von Vereinsmitgliedern in den Dachverband selbst sind im Übrigen auch auf die internationalen Fussballverbände UEFA<sup>946</sup> und FIFA<sup>947</sup> sowie den internationalen Eishockeyverband IIHF<sup>948</sup> – allesamt Vereine nach schweizerischem Recht – übertragbar. Der Grundsatz der Weiterleitung und Zweckgebundenheit von Ausschüttungen von Vereinen gilt dabei für beliebig viele Ebenen. Fliessen bspw. Fördermittel von der FIFA an den SFV und von dort an die SFL, die ihrerseits Ausschüttungen an wirtschaftliche Aktiengesellschaften vornimmt, besteht die Gefahr, dass letztlich ein Aktionär einer Sportaktiengesellschaft aus den Fördergeldern der FIFA einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

380

#### d) Rechtsfolgen bei wirtschaftlichem Vereinszweck

Der unzulässige wirtschaftliche Endzweck, aber auch eine Endzweckmischung, führt dazu, dass dem Verein die Rechtspersönlichkeit abzusprechen ist.<sup>949</sup> Gemäss Art. 78 ZGB hat das Gericht auf Klage der zuständigen Behörde oder eines Beteiligten hin die Auflösung zu verfügen, sofern der Zweck widerrechtlich geworden ist.<sup>950</sup> Welche Behörde für die Erhebung der Auflösungsklage zuständig ist, muss dem kantonalen Recht entnommen werden.<sup>951</sup> Beim Auflösungsbeschluss handelt es sich – sofern der widerrechtliche Zustand bei der Gründung noch nicht vorlag – um ein Gestaltungsurteil mit Wirkung *ex nunc*.<sup>952</sup> Ein Verein, dem die Rechtsfähigkeit aufgrund der Verfolgung eines wirtschaftlichen Endzweckes nicht zukommt, kann als einfache Gesellschaft behandelt werden.<sup>953 954</sup>

381

Müsste der Dachverband von der Rechtsform des Vereins Abstand nehmen, hätte das weitreichende Konsequenzen. Bspw. würden sich komplizierte Fragen stellen, wenn es nötig würde, die Organisations-

382

<sup>945</sup> Der Dachverband kann bei dieser Betrachtungsweise als kommerziell aktive und beherrschende juristische Person zuoberst in einer Konzernhierarchie aufgefasst werden. Siehe DIAS, S. 92. Der sich daraus ergebende Widerspruch im «Vereins-Konzern» kann gemäss DIAS nur dann in grundlegender Weise aufgelöst werden, wenn in der vom Verein kontrollierten Gruppe gesamthaft ein nichtwirtschaftlicher Endzweck verfolgt wird. Siehe dazu DIAS, S. 68 f. mit dem zusätzlichen Hinweis, dass der nichtwirtschaftliche Endzweck eines Dachverbands latent gefährdet sei, wenn Klubs statt als Vereine als Aktiengesellschaften organisiert seien.

<sup>946</sup> Die Union des Associations Européennes de Football (UEFA) ist ein im Handelsregister eingetragener Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in Nyon.

<sup>947</sup> Die Fédération Internationale de Football Association (FIFA) ist ein im Handelsregister eingetragener Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in Zürich.

<sup>948</sup> Die International Ice Hockey Federation (IIHF) ist ein im Handelsregister eingetragener Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in Zürich.

<sup>949</sup> BSK ZGB I-HEINI/SCHERRER, Art. 60 N 15.

<sup>950</sup> Vgl. BSK ZGB I-HEINI/SCHERRER, Art. 78 N 3. Vgl. dazu auch DIAS, S. 54, FN 275.

<sup>951</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 76–79 N 52, bspw. der Gemeinderat oder die Staatsanwaltschaft.

<sup>952</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 76–79 N 56 f. Vgl. auch BGE 133 III 593 E. 4.7 S. 597.

<sup>953</sup> Gemäss Art. 62 ZGB sind Vereine, denen das Recht der Persönlichkeit nicht zukommt, als einfache Gesellschaften zu behandeln. Siehe auch BGE 100 II 19 E. 3 S. 25.

<sup>954</sup> Nach Art. 59 Abs. 2 ZGB sind auf Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, die Bestimmungen der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) und der Genossenschaft (Art. 828 ff. OR) anwendbar.

und Regulierungsfunktionen über einen anderen Rechtsträger als einen Verein abzuwickeln. Unmöglich ist es indessen nicht. Der Schweizerische Eishockeyverband hat diesen Weg mit der Schweizerischen Eishockey Nationalliga GmbH bereits einmal, wenn auch nur vorübergehend, eingeschlagen.<sup>955</sup>

### e) Relevanz des Endzwecks für verbandsinterne Willensbildung

- 383 Die Willensbildung in den Dachverbänden geschieht – abgesehen vom Vorstand und der operativen Führung – im Wesentlichen einerseits durch das Stimm- und Wahlrecht der Verbandsmitglieder in den Versammlungen und andererseits durch statutarisch vorgesehene Gremien wie Komitees oder Kommissionen, in welchen regelmässig Klubvertreter Einsitz nehmen.<sup>956</sup> Die Ausrichtung des Endzwecks einer Sportaktiengesellschaft als Verbandsmitglied kann aus rechtlicher Perspektive entscheidenden Einfluss darauf haben, welche Interessen die Klubvertreter bei der Mitwirkung an der verbandsrechtlichen Willensbildung verfolgen. Auf dieses Problemfeld wird in Kapitel 5 vertieft einzugehen sein.<sup>957</sup>

### f) Zwischenergebnis

- 384 Die Konstituierung der Sportklubs als Aktiengesellschaften mit wirtschaftlichem Endzweck führt dazu, dass die Verbandsmitglieder den nichtwirtschaftlichen, ideellen Zweck des Dachverbandes nicht mittragen und dass bei Zahlungen des Dachverbandes an die Sportaktiengesellschaften die Gefahr besteht, die wirtschaftlichen Interessen der Klubeigner zu bedienen.<sup>958</sup> Die Rechtsform der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft kann demnach bewirken, dass der Verband seinen ideellen Zweck verliert und sich gezwungen sieht, sich fundamental zu reorganisieren.

## V. Zusammenfassung der Ergebnisse

- 385 Das schweizerische Körperschaftsrecht kennt keine Spezialgesetzgebung für Sportorganisationen. Bezieht sich ein Sportklub der Rechtsform der Aktiengesellschaft, hat er auch die formalistisch geprägte Struktur des Aktienrechts einzuhalten.<sup>959</sup> Wird der Sport als Tätigkeitsfeld der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft «betrieben», stellt er ein unternehmerisches *Mittel zum Zweck* für die Realisierung des wirtschaftlichen Endzwecks dar.<sup>960</sup> Sportlicher Erfolg und rein sportliche Ziele dürfen aber nicht generell

---

<sup>955</sup> Die obersten beiden Ligen waren von 1999 bis 2011 unter der Schweizerischen Eishockey Nationalliga GmbH zusammengeschlossen, die neben der SIHF das Schweizer Eishockey auf nationaler Ebene organisierte.

<sup>956</sup> Siehe dazu vorne N 111 ff. und ausführlich hinten N 853 ff.

<sup>957</sup> Siehe insbesondere N 853 ff.

<sup>958</sup> Zu beachten ist, dass es die Sportaktiengesellschaften selbst sind, die die Führungskräfte des Dachverbandes wählen und über die Höhe von Ausschüttungen befinden können, siehe dazu hinten N 853 ff.

<sup>959</sup> Siehe vorne N 148 ff.

<sup>960</sup> Siehe vorne N 159 f.

mit wirtschaftlichem Erfolg gleichgesetzt werden. Der Sport mit seiner ideellen Natur kann im Widerspruch zum wirtschaftlichen Endzweck stehen.<sup>961</sup>

Der Verwaltungsrat der Sportaktiengesellschaft hat, wie jeder andere Verwaltungsrat auch, seine aktive Interessenwahrungspflicht anhand des Gesellschaftszwecks zu eruieren. Mit dem Unternehmensinteresse nicht kompatible, *rein sportliche Ziele* kann er weder unter dem Titel Liberalität noch als sittliche Pflicht verfolgen. Ebenso wenig kann die Generalversammlung durch Genehmigung, Kompetenzdelegation oder Entlastungsbeschluss die Verfolgung rein sportlicher Ziele legitimieren. Die Abkehr vom wirtschaftlichen Endzweck zugunsten der Verfolgung von sportlichen Zielen, ohne eine von der Generalversammlung mit Zustimmung aller Aktionäre beschlossene Statutenänderung, stellt eine unzulässige faktische Endzweckänderung dar. Auch auf dem Weg der Aktionärsbindung ist es nicht möglich, eine Verpflichtung der Gesellschaft zur Verfolgung von rein sportlichen Zielen zu begründen. Schliesslich vermag auch die gesellschaftsinterne Observanz den statutarischen Endzweck nicht zu derogieren.<sup>962</sup>

Die Pflicht zur Verfolgung von rein sportliche Zielen kann indessen durch die Verbandsordnung der Dachverbände begründet werden. So ist wirtschaftlich motiviertes, absichtliches Verlieren mit dem Fair-Play-Grundsatz nicht vereinbar. Im Eishockey ist namentlich die Einflussnahme der Geschäftsleitung auf den Play-off- bzw. Play-out-Gegner sowie auf die Länge einer Play-off- oder Play-out-Serie nicht zulässig. Auch das absichtliche Schwächen der Leistungsstärke der eigenen Mannschaft darf nur durch eine entsprechende Kaderplanung, nicht jedoch durch absichtliches Verlieren in zulässiger Weise realisiert werden. Unzulässig ist es auch, den sportlichen Abstieg zu provozieren. Stattdessen ist, falls sich dies aus dem Blickwinkel des wirtschaftlichen Endzwecks aufdrängt, der freiwillige Abstieg zu prüfen und zu vollziehen, wenn die Sportaktiengesellschaft dadurch in einen rentablen Zustand gebracht werden kann. Weiter darf die Mannschaft einer Sportaktiengesellschaft nur dann an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettbewerben teilnehmen, wenn das Unternehmensinteresse dadurch gefördert wird. Die eigenen Spieler dürfen im selben Sinne nur bei dann für Wettkämpfe mit anderen Mannschaften freigegeben werden, wenn sich dadurch ein wirtschaftlicher Nutzen für die Gesellschaft ergibt. Eine Kosten-Nutzen-Analyse ist auch bei der Verpflichtung von «überteuerten Spielern» vorzunehmen. Der wirtschaftliche Endzweck der Aktiengesellschaft setzt einem Sportklub folglich Grenzen in Bezug auf sportlich motivierte Dispositionen.<sup>963</sup>

Die Verfolgung von nicht wettkampfbezogenen sportlichen Zielen kann sich ebenfalls aus dem Verbandsrecht ergeben, bspw. wenn konkrete Massnahmen zur Nachwuchsförderung vorgeschrieben werden. Anderweitige Nachwuchsunterstützung und die Förderung des eigenen Sports oder schlicht das ideelle Interesse «Freude am Sport» sowie soziokulturelle Ziele dürfen nur im Rahmen des Unternehmensinteresses verfolgt werden. Dies ist dann der Fall, wenn solche Massnahmen das Gedeihen des Unternehmens fördern, etwa wenn dadurch die Reputation des Klubs gepflegt wird.<sup>964</sup>

<sup>961</sup> Siehe vorne N 161 ff.

<sup>962</sup> Siehe zum Ganzen N 165 ff.

<sup>963</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 203 ff.

<sup>964</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 221 ff.

- 389 Das Geschäftsmodell eines Sportklubs, der sein strukturelles Defizit dauernd durch Zuschüsse von Gönnern bzw. Mäzenen deckt und nach einer Maximierung der «*spending power*» strebt, so dass das *return on investment* im sportlichen und nicht im wirtschaftlichen Bereich gesucht wird, steht im Konflikt mit der Finanzverantwortung des Verwaltungsrates im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR. Der wirtschaftliche Endzweck verlangt nämlich, dass der Verwaltungsrat eine Finanzstrategie verfolgt, die zumindest mittelfristig die Finanzierbarkeit des Betriebs ermöglicht. Das Hinnehmen eines strukturellen Defizits verträgt sich nicht mit dem wirtschaftlichen Endzweck. Ebenso wenig darf sich der Verwaltungsrat bei der langfristigen Finanzplanung auf die kontinuierliche Einnahme von Gönnerbeiträgen verlassen. Gönnerbeiträge sind regelmässig an den ideellen Charakter eines Sportklubs gebunden und dürften deshalb in aller Regel versiegen, sobald die Sportaktiengesellschaft in den Gewinnbereich kommt bzw. tatsächlich Dividendenausschüttungen vornimmt. Zusätzlich kann es bei der finanziellen Abhängigkeit von einem bestimmten Gönner (Mäzen) zu einem unzulässigen Klumpenrisiko kommen. Dieser Zustand ist dann erreicht, wenn bei einem Ausstieg des Mäzens die Sportaktiengesellschaft nicht mehr in der Lage ist, zumindest eine weitere Spielzeit finanziell zu überstehen.<sup>965</sup>
- 390 Für den Verwaltungsrat der Sportaktiengesellschaft kann die Priorisierung von rein sportlichen Zielen nicht nur als Verletzung der aktiven Interessenwahrungspflicht, sondern auch als Verletzung der passiven Treuepflicht verstanden werden, wenn nämlich der «Fan-Verwaltungsrat» seine eigenen, ideellen Interessen – wie sportliche Ambitionen – vor das Gesellschaftsinteresse stellt.<sup>966</sup>
- 391 Die beschriebene Diskrepanz zwischen dem finalen wirtschaftlichen Auftrag der Aktiengesellschaft und den ideell geprägten sportlichen Zielen kann beim Verwaltungsrat zu einer sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich relevanten Pflichtverletzung und in der Folge zur Haftung bzw. zur Strafbarkeit führen. Trotzdem haben endzweckwidrige Dispositionen grundsätzlich Bestand und sind lediglich in Extremfällen aufgrund fehlender Vertretungsmacht ungültig.<sup>967</sup>
- 392 Für die Aktionäre bedeutet die faktische Verfolgung von sportlichen statt wirtschaftlichen Interessen eine Verletzung von Art. 660 Abs. 1 OR, und zwar selbst dann, wenn die Aktionäre selbst kundtun, an sportlichem statt an wirtschaftlichem Erfolg interessiert zu sein. Gegen endzweckwidrig handelnde Organe steht ihnen grundsätzlich die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR offen. Stimmt ein Aktionär als formelles oder faktisches Organ der endzweckwidrigen Geschäftsführung zu, ist er indessen von einer Klage gegen die übrigen Gesellschaftsorgane ausgeschlossen. Zudem können Aktionäre endzweckwidrige Generalversammlungsbeschlüsse anfechten und gegen bestimmte endzweckwidrige Dispositionen eine Rückerstattungsklage im Sinne von Art. 678 OR anstrengen. Die faktische Endzweckänderung begründet zwar keine Rechts- oder Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB, sie kann aber einen Auflösungsgrund im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR darstellen.<sup>968</sup>
- 393 Die Verfolgung von sportlichen, ideellen statt wirtschaftlichen Zielen kann auch für andere Interessengruppen bzw. Bereiche von Bedeutung sein. Hierzu gehört zunächst einmal die Revisionsstelle. Diese

---

<sup>965</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 233 ff.

<sup>966</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 265 ff.

<sup>967</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 270 ff.

<sup>968</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 291 ff.

ist zwar nicht verpflichtet, die Geschäftsführung und namentlich eine eventuelle Aufgabe der gewinnstrebigen Geschäftsführung zu prüfen. In Extremfällen, die einer statuten- und gesetzeswidrigen Endzweckänderung gleichkommen, muss die Revisionsstelle aber aktiv werden und im Rahmen der eingeschränkten Revision in ihrer Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung die Generalversammlung über ihren Befund informieren. Erhöhte Vorsicht ist geboten bei der Prüfung von *Forderungen gegenüber Nahestehenden*, welche die Sportaktiengesellschaft einem Klumpenrisiko aussetzen können.<sup>969</sup>

Gesellschaftsgläubiger sind, solange die Gesellschaft finanziell intakt ist, von einer faktischen Endzweckänderung nicht unmittelbar betroffen, auch wenn aus Gläubigerperspektive eine Verschlechterung des Risikoprofils ihrer Schuldnerin resultiert. Im Konkursfall und im Rahmen des dann geltenden Konkursrechts sind jedoch auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, die Gesellschaftsorgane in Anspruch zu nehmen; aus diesem Grund kann ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung eine allfällige Sorgfaltpflichtverletzung der Gesellschaftsorgane auch für die Gesellschaftsgläubiger relevant werden.<sup>970</sup>

Aus steuerrechtlicher Optik können sportlich motivierte Vermögensverschiebungen zu einer Vielzahl von Problemen führen. Der steuerrechtliche Grundsatz *«dealing at arm's length»* verlangt, dass Leistung und Gegenleistung in einem äquivalenten Austauschverhältnis zueinander stehen. Verfolgt die Sportaktiengesellschaft faktisch einen nichtwirtschaftlichen Endzweck, stellt sich die Frage, ob Zuwendungen von Aktionären als Kapitaleinlage im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a StG qualifiziert werden können oder ob eine schenkungssteuerpflichtige, unentgeltliche Zuwendung vorliegt. Stammen Zuschüsse von einer nahestehenden Gesellschaft, kann der Vorgang steuerrechtlich als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert werden, was bei der nahestehenden Gesellschaft die Aufrechnung von Gewinn und Gewinnsteuern nach sich ziehen kann. Ist der Aktionär eine natürliche Person, kann es bei ihm überdies zur Einkommensbesteuerung aus Beteiligungsertrag kommen; schlimmstenfalls droht die verrechnungssteuerrechtliche «Aufrechnung ins Hundert». Fliessen Mittel ohne entsprechende Gegenleistung von der Sportaktiengesellschaft an einen Dritten, droht auch der Sportaktiengesellschaft eine steuerrechtliche Aufrechnung des Gewinns. Der Begünstigte – bspw. der Stammverein – hat mit Schenkungssteuern zu rechnen. Immer wenn steuerrechtliche Korrekturmassnahmen im Raum stehen, können schliesslich Fragen des Steuerstrafrechts aktuell werden.<sup>971</sup>

Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit beruhen auf dem ideellen, nichtwirtschaftlichen Charakter des Sports, sind aber auch im Umfeld von Professional-Sportklubs immer noch weit verbreitet. Bisher kam es noch zu keiner öffentlich bekannt gewordenen Dividendenausschüttung an Aktionäre von Professional-Sportklubs. Würde der wirtschaftliche Endzweck indessen durch Dividendenausschüttung verwirklicht werden, ist davon auszugehen, dass weder Freiwilligenarbeit noch Ehrenamtlichkeit im gleichen Umfang oder überhaupt geleistet würden.<sup>972</sup>

Dieselbe Annahme gilt auch für die Sportförderung durch die öffentliche Hand. Sportklubs werden im Vergleich zu Veranstaltern von anderen Grossanlässen häufig privilegiert behandelt. Das Ermessen der

<sup>969</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 325 ff.

<sup>970</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 334 ff.

<sup>971</sup> Siehe vorne N 341 ff.

<sup>972</sup> Siehe vorne N 363 ff.

öffentlichen Hand ist dabei gross und Unterstützungsleistungen stehen oft im Zusammenhang mit ideellen Zielen wie der Nachwuchsförderung. Entscheidend dürfte in der Rechtsrealität indessen weniger die statutarische Zweckausrichtung, sondern das tatsächliche ideelle Engagement sein. Unterstützungsleistungen wie bspw. Fördergelder für den Nachwuchs, die an Sportaktiengesellschaften gezahlt werden, dürften aber spätestens dann eingestellt werden, wenn die Sportaktiengesellschaft Dividendenausschüttungen vornimmt.<sup>973</sup>

- 398 Schliesslich hat der Endzweck einer Sportaktiengesellschaft Einfluss auf die rechtliche Zulässigkeit des Dachverbands. Als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB ist es der jeweiligen Dachorganisation nämlich verwehrt, einen wirtschaftlichen Endzweck zu verfolgen. Die Ausschüttungen von Mitteln aus der Zentralvermarktung an Sportaktiengesellschaften mit wirtschaftliche Endzwecken kann den nichtwirtschaftlichen Verbandszweck gefährden und so die Rechtmässigkeit des Dachverbands in Frage stellen.<sup>974</sup>

---

<sup>973</sup> Siehe vorne N 366 ff.

<sup>974</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 372 ff.



## Kapitel 3 Sportklub als Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck

### Vorbemerkung

Die Sportklubs als Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck werden in diesem Kapitel auf die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft übertragen. Zunächst sind dabei die für diese Arbeit relevanten Eigenheiten der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften zu betrachten (I.). Danach ist zu untersuchen, inwiefern sich der nichtwirtschaftliche Endzweck auf den Verwaltungsrat (II.), die Aktionäre (III.) und andere Interessengruppen auswirkt (IV.).

399

## I. Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck

### Vorbemerkung

Im Folgenden ist zunächst auf die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft im Allgemeinen (1.) sowie auf die im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision vorgesehene Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR einzugehen (2.). Danach gilt es die rechtlichen Besonderheiten der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu erfassen (3. und 4.) und einen Überblick über Erscheinungsformen in der Praxis zu geben (5.). Anschliessend wird untersucht, wie der nichtwirtschaftliche Endzweck begründet wird bzw. woran er zu erkennen ist (6., 7. und 8.). Schliesslich ist zu prüfen, ob der nichtwirtschaftliche Endzweck auch durch Aktionärsbindung realisierbar ist (9.).

400

### 1. Im Allgemeinen

Eine Aktiengesellschaft kann nach Art. 620 Abs. 3 OR auch einen nichtwirtschaftlichen Zweck verfolgen. Eingeführt wurde diese Bestimmung mit der Revision des Obligationenrechts von 1936.<sup>975</sup> In der Botsch. Aktienrechtsrevision 1936 wurde die neue Bestimmung damit begründet, es sei schon zuvor, das heisst ohne besondere Bestimmung, anerkannt gewesen, dass Aktiengesellschaften auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden können.<sup>976 977</sup>

401

---

<sup>975</sup> Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV bis XXXXIII des Obligationenrechts vom 18. Dezember 1936 (AS 1937 185).

<sup>976</sup> Botsch. Aktienrechtsrevision 1936, 224.

<sup>977</sup> Vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 4 N 40, wonach die Öffnung für nichtwirtschaftliche Zwecke durch die Wahl des Systems «Code Unique» (das Schuldrecht und Handelsrecht im selben Rechtssetzungsakt vereint) ermöglicht wurde.

402 Die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft verschafft ihren Aktionären keine vermögensrechtlichen Vorteile.<sup>978</sup> Dies entspricht nicht der typischen Aktiengesellschaft, weshalb die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft als atypische Ausnahmeerscheinung zu bezeichnen ist. Bei der typischen Aktiengesellschaft soll gewöhnlich das Aktienkapital durch eine wirtschaftliche Tätigkeit in einem kompetitiven Markt gewinnbringend eingesetzt werden.<sup>979</sup> Trotz des wirtschaftlichen Typus der Aktiengesellschaft ist es möglich, dass sich die Aktienrechtsordnung oder Teile davon für die Verfolgung von nichtwirtschaftlichen Zielen als am besten geeignet erweist und sich eine Personenvereinigung deshalb für die Verfolgung von ideellen Zielen zu einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zusammenfindet.<sup>980</sup> In der Praxis ist bislang von dieser Möglichkeit aber nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht worden.<sup>981</sup>

## 2. Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR im Rahmen der Aktienrechtsrevision

403 Der Entwurf zum neuen Aktienrecht E-OR 2016 sieht die ersatzlose Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR vor.<sup>982</sup> Diese während des Verfassens der vorliegenden Arbeit veröffentlichte Absicht zielt somit auf die Streichung der einzigen aktienrechtlichen Bestimmung ab, die sich mit dem nichtwirtschaftlichen (End-)Zweck befasst, welcher den Kern der vorliegenden Arbeit bildet.<sup>983</sup> Die Streichung beinhaltet dabei – zumindest gemäss der Botschaft zum E-OR 2016 – keine materielle rechtliche Änderung: Wie bei anderen Rechtseinheiten erübrige sich schlicht der ausdrückliche Hinweis, dass die Aktiengesellschaft sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen könne.<sup>984</sup>

404 Diese Argumentation des Gesetzgebers ist indessen inkonsequent. Bei der Revision von Art. 828 Abs. 1 OR über den Genossenschaftsbegriff beabsichtigt der Gesetzgeber nämlich den gegenteiligen Weg zu gehen. Statt «wirtschaftliche Interessen ihrer Mitglieder» (so der geltende Wortlaut) durch bspw. «Interessen ihrer Mitglieder» zu ersetzen, ist vorgesehen, die Ergänzung «oder die gemeinnützig ausgerichtet ist» einzuführen.<sup>985</sup> Dadurch ist Konfusion vorprogrammiert, da nicht klar ist, ob das Wort «gemeinnützig» im Sinne des Steuerrechts<sup>986</sup> zu verstehen ist oder ob auch öffentliche Zwecke

---

<sup>978</sup> Vgl. vorne N 26.A.M. LASSERRE, S. 35 und 83, der unter dem Begriff der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck alle Aktiengesellschaften versteht, die kein Kapital – womit wohl generell Ausschüttungen in Form von Geld gemeint sein dürften – an ihre Aktionäre verteilt.

<sup>979</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 27.

<sup>980</sup> Vgl. SIEGWART, S. 5 f.

<sup>981</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 28.

<sup>982</sup> E-OR 2016, 664.

<sup>983</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR erwähnt den Begriff Gewinnstrebigkeit, der nicht mit dem wirtschaftlichen Endzweck deckungsgleich ist. Siehe dazu vorne N 34 ff.

<sup>984</sup> Botsch. Aktienrechtsrevision 2016, 480.

<sup>985</sup> E-OR Handelsregisterrecht, 3669. Der vollständige Wortlaut des neuen Art. 828 Abs. 1 OR lautet: «Die Genossenschaft ist eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt oder die gemeinnützig ausgerichtet ist.»

<sup>986</sup> Siehe zur Gemeinnützigkeit im Sinne des Steuerrechts sogleich N 405.

(ohne steuerrechtliche Gemeinnützigkeit) und egoistische ideelle Motive möglich sind.<sup>987</sup> Ist Gemeinnützigkeit im Sinne des steuerrechtlichen Gemeinnützigkeitsbegriffes gemeint, könnte dem neuen Art. 828 Abs. 1 E-OR Handelsregisterrecht normativer Gehalt zukommen. Dies ist indessen gemäss der Botsch. Aktienrechtsrevision 2016 nicht beabsichtigt. *De lege ferenda* ist demnach der Terminus *gemeinnützig* in Art. 828 Abs. 1 OR zu vermeiden. Stattdessen wäre lediglich der Begriff *wirtschaftlich* aus Art. 828 Abs. 1 OR zu streichen.

Bei der letzten Revision des GmbH-Rechts wurde demgegenüber Art. 772 Abs. 3 aOR,<sup>988</sup> dem zufolge die GmbH für wirtschaftliche Zwecke offensteht, ersatzlos gestrichen. Damals wurde in der Botschaft erkannt, dass neben gemeinnützigen auch ideelle Zweck zulässig sein sollten.<sup>989</sup>

Immerhin scheint allgemein anerkannt zu sein, dass die finale Zielsetzung im Rahmen der *Corporate Governance*-Bemühungen keine Rolle spielt und nach dem Grundsatz «*same business, same risks, same rules*» vorwiegend die wirtschaftliche Bedeutung und Organisationsform einer Rechtseinheit entscheidend ist.<sup>990</sup>

Die rechtlichen Fragen betreffend den Endzweck verlieren zumindest für die Aktiengesellschaft durch die Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR nicht an Bedeutung. Das ergibt sich bspw. schon aus Art. 660 Abs. 1 OR, gemäss welchem der Aktionär einen Anspruch auf Anteil am Gewinn bzw. auf Anteil am Liquidationsergebnis hat, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen.<sup>991</sup> Soll der Anspruch wegbedungen werden, ist eine statutarische Grundlage erforderlich. An solchen Auflagen ändert die Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR freilich nichts. Wie die vorliegende Arbeit aufzeigen wird, beeinflusst der Endzweck eine Reihe von aktienrechtlichen (aber auch steuerrechtlichen) Fragen. Insofern ist eher eine vertiefte Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit dem Endzweck der Aktiengesellschaft angezeigt als eine Streichung der einzigen diesbezüglichen Norm im geltenden Aktienrecht.<sup>992</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist mithin *de lege ferenda* von der Streichung des Art. 620 Abs. 3 OR abzusehen.

<sup>987</sup> Die Botsch. Handelsregisterrecht weist lediglich darauf hin, dass Art. 86 lit. b Ziff. 2 HRegV die Gemeinnützigkeit als zulässigen Genossenschaftszweck bereits ausdrücklich zulasse und dass auch die Lehre dies für zulässig erachte; tatsächlich seien im Handelsregister gemeinnützige Genossenschaften verzeichnet. Durch die Ergänzung des Aspekts der Gemeinnützigkeit soll zusätzliche Rechtssicherheit geschaffen werden (Botsch. Handelsregisterrecht, 3654).

<sup>988</sup> Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220), Stand am 1. Mai 2007.

<sup>989</sup> Botsch. GmbH-Recht, 3171, wonach auf eine Bestimmung wie Art. 620 Abs. 3 OR verzichtet werde, da einer solchen Regelung kein normativer Gehalt zukäme.

<sup>990</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrechtsreform, S. 78 f. mit dem Hinweis auf das Rechnungsregungsrecht und das Fusionsgesetz, welche in Umsetzung des Konzepts «*same business, same risks, same rules*» wirtschaftlich gleichbedeutende und vergleichbare Sachverhalte rechtsformunabhängig einheitlich regeln.

<sup>991</sup> Siehe dazu hinten N 656 ff.

<sup>992</sup> Ebenfalls gegen eine Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR spricht sich BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 27 FN 87 aus.

### 3. Abgrenzungen

- 408 Beim Begriff *nichtwirtschaftlicher Endzweck* handelt es sich um eine negativ formulierte Abgrenzung gegenüber dem wirtschaftlichen Endzweck.<sup>993</sup> Die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist dabei insbesondere von der *gemeinnützigen Aktiengesellschaft*, von der Aktiengesellschaft mit modifizierter Gewinnstrebigkeit, der genossenschaftlichen Aktiengesellschaft, der Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung und der «ideell anmutenden» Aktiengesellschaft abzugrenzen.

#### a) Zur gemeinnützigen Aktiengesellschaft

- 409 Die *nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft* ist nicht mit der *gemeinnützigen Aktiengesellschaft* zu verwechseln.<sup>994</sup> Der Begriff Gemeinnützigkeit ist im schweizerischen Recht im Abgaberecht zu lokalisieren.<sup>995</sup> Gemäss Art. 56 lit. g DBG und Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG können juristische Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, von der Steuerpflicht befreit werden. Was unter *gemeinnützig* zu verstehen ist, kann dem Gesetz nicht ohne Weiteres entnommen werden. Verlangt wird lediglich, dass Gewinn und Kapital *ausschliesslich* und *unwiderruflich* dem gemeinnützigen Zweck gewidmet sein müssen. Die spärlichen gesetzlichen Bestimmungen werden allerdings durch das *Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. Juni 1994 der eidgenössischen Steuerverwaltung* sowie durch die *Praxishinweise zuhanden der Kantonalen Steuerverwaltungen vom 18. Januar 2008 über die Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen*, ergänzt. Freilich handelt es sich dabei nicht um Gesetze, aus denen sich Rechte und Pflichten der Bürger begründen liessen.<sup>996</sup>
- 410 Die gemeinnützige Aktiengesellschaft ist somit ein *Realtypus* der atypischen Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck.<sup>997</sup>

#### b) Zur modifizierten Gewinnstrebigkeit

- 411 Der nichtwirtschaftliche Endzweck kann nicht als ein Fall der modifizierten Gewinnstrebigkeit interpretiert werden. Letztere ist dadurch charakterisiert, dass eine Tochtergesellschaft zugunsten der Muttergesellschaft auf Gewinnerzielung verzichtet. Da die Verwirklichung des wirtschaftlichen Endzwecks sich nicht unbedingt in Form einer Dividendenausschüttung realisieren muss, verfolgt auch die unterworfenen Tochtergesellschaft einen wirtschaftlichen Endzweck, indem sie der Muttergesellschaft wirtschaftliche Vorteile, bspw. in Form von vergünstigten Konditionen, zukommen lässt. Die Gewinnstrebigkeit ist insofern für den wirtschaftlichen Endzweck nicht begriffsnotwendig. Allerdings ist nach dem steuerrechtlichen Grundsatz «*dealing at arm's length*» die Gewährung von wirtschaftlichen Vorteilen

---

<sup>993</sup> Siehe vorne N 26.

<sup>994</sup> Siehe dazu BK-RIEMER, Vereinsrecht, Art. 60 N 59.

<sup>995</sup> Vgl. SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, S. 124.

<sup>996</sup> Vgl. BGE 131 II 1 E. 4.1 S. 11, wonach Kreisschreiben, Wegleitungen, Merkblätter, Richtlinien, Rundschreiben und Weisungen den Stellenwert von Meinungsäusserungen der Verwaltung über die Auslegung von Bundesrecht haben.

<sup>997</sup> Siehe zum Begriff Realtypus vorne N 9.

an die Muttergesellschaft problematisch.<sup>998</sup> Ist die Muttergesellschaft nur Haupt- und nicht Alleinaktionärin, kann die modifizierte Gewinnstrebigkeit aus Sicht der Kleinaktionäre einer faktischen Endzweckänderung gleichkommen.<sup>999</sup>

### c) Zur Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung

Eine Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung bzw. eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft kann, muss aber nicht einen nichtwirtschaftlichen Endzweck verfolgen. Der Staat kann sich entweder wie ein Privater im freien Markt bewegen, um vermögensrechtliche Vorteile zu erlangen,<sup>1000</sup> oder er kann sich der Aktienrechtsform bedienen, um direkt eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Auch in diesem Fall kann er aber vermögensrechtliche Vorteile anstreben. Dies dürfte regelmässig zutreffen, wenn auch Private an der Gesellschaft beteiligt sind.<sup>1001</sup>

412

### d) Zum ideell anmutenden Gesellschaftszweck

Im Zweckartikel von Aktiengesellschaften wird teilweise auf ein ideelles Tätigkeitsfeld Bezug genommen, so dass der Eindruck entsteht, die Gesellschaft sei einem ideellen Zweck verschrieben. So werden die Betreiber einer Unternehmung, deren Zweck darin besteht, Kinder und Jugendliche im mentalen Bereich zu «coachen», ebenso wie ein Behindertentransportunternehmen auf ihre achtbare, rühmenswerte Tätigkeit hinweisen. Durch beide Tätigkeiten lässt sich aber ohne Weiteres auch ein wirtschaftlicher Endzweck verfolgen.<sup>1002</sup> Dasselbe gilt für Tätigkeiten, die als öffentliche Aufgaben qualifiziert werden können. Verfolgt eine wirtschaftliche Aktiengesellschaft durch ihre Tätigkeit auch ideelle Ziele oder öffentliche Aufgaben, ist das nichts weiter als eine Begleiterscheinung bzw. Reflexwirkung der Verfolgung des wirtschaftlichen Endzwecks.<sup>1003</sup> Das Tätigkeitsfeld einer Gesellschaft allein sagt in der Regel nichts über den verfolgten Endzweck aus.<sup>1004</sup>

413

## 4. Typen der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft

### a) Unterscheidung nach Gewinnorientierung

Der nichtwirtschaftliche Endzweck lässt keine Aussage darüber zu, wie er unter Verwendung des Unternehmenskörpers erreicht werden soll. Eine erste Unterscheidung ist danach zu treffen, ob die

414

<sup>998</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 235. Derartige nicht marktkonforme Bedingungen können als verdeckte Gewinnausschüttungen mit erheblichen nachteiligen Steuerfolgen verbunden sein. Siehe dazu vorne N 350.

<sup>999</sup> Siehe zur modifizierten Gewinnstrebigkeit N 43.

<sup>1000</sup> Die erlangten vermögensrechtlichen Vorteile kann er dann wiederum für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einsetzen.

<sup>1001</sup> Siehe dazu ausführlich hinten N 678 ff.

<sup>1002</sup> Umgekehrt ist es aus rechtlicher Sicht ohne Weiteres denkbar, dass eine Aktiengesellschaft, die mit Waffen handelt, einen nichtwirtschaftlichen Endzweck verfolgt.

<sup>1003</sup> Eine Privatschule erfüllt bspw. den Bildungsauftrag des Bundes im Sinne von Art. 61a ff. BV.

<sup>1004</sup> Ausnahmsweise kann aufgrund des Förderzwecks gleichzeitig ein nichtwirtschaftlicher Endzweck konstatiert werden. Siehe dazu hinten N 443 ff.

Gesellschaft mit ihrer unternehmerischen Tätigkeit einen Überschuss, das heisst mehr Einnahmen (im Sinne von Art. 663 Abs. 2 OR) als Aufwendungen (im Sinne von Art. 663 Abs. 3 OR), anstrebt oder nicht.<sup>1005</sup> Damit eng verbunden ist die Frage, ob der Förderzweck direkt oder indirekt verfolgt werden soll.<sup>1006</sup>

- 415 Soll kein Überschuss erwirtschaftet werden, wird die Gesellschaft den Förderzweck direkt verfolgen. So kann eine gemeinnützige Organisation, die die Unterstützung von Obdachlosen bezweckt und ein Gastronomieunternehmen betreibt, den Bedürftigen direkt unentgeltliche Mahlzeiten anbieten und muss nicht zuerst einen unternehmerischen Überschuss anstreben, um diesen in einem zweiten Schritt zweckkonform einzusetzen. In diesem Fall operiert sie *nicht gewinnorientiert*. Umgekehrt kann sie indessen auch nach rein betriebswirtschaftlichen Kriterien einen Gewinn anstreben und diesen dann bspw. an eine Drittorganisation spenden oder damit ihre eigenen zukünftigen Projekte ideeller Art finanzieren.<sup>1007</sup> Eine solche unternehmerische Zielsetzung ist *gewinnorientiert*.
- 416 Eine gewinnorientierte Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck wird demnach in der Regel den Förderzweck *indirekt* verfolgen. Umgekehrt fehlt bei der *direkten* Förderzweckverfolgung regelmässig die Absicht, Überschuss zu erwirtschaften. Auf die *direkte und indirekte Förderzweckverfolgung* wird in dieser Arbeit weiter hinten noch vertieft einzugehen sein.<sup>1008</sup>

### b) Unterscheidung nach dem Empfänger der Förderleistung

- 417 Es kann auch danach unterschieden werden, ob der Begünstigte ein Dritter ist (bspw. eine bedürftige Personengruppe) oder die Gesellschaft selber, indem sie ihren eigenen ideellen Zweck verfolgt und die zur Disposition stehenden Mittel dafür einsetzt bzw. verbraucht.<sup>1009</sup>
- 418 Die Unterstützung von gesellschaftsfremden Dritten kann als *uneigennützig* bezeichnet werden, da die Förderleistung anderen, von der Aktiengesellschaft unabhängigen Rechtspersonen zukommt (sind unter den Dritten auch Aktionäre, handelt es sich um einen wirtschaftlichen Teilendzweck). Verbraucht die Gesellschaft die zur Verfügung stehenden Fördermittel zur Verfolgung ihrer eigenen ideellen Ziele (bspw. das Ziel, mit einer Fussballmannschaft Schweizermeister zu werden), handelt es sich um eine *eigennützige* ideelle Zielverfolgung.<sup>1010</sup>

---

<sup>1005</sup> Sie zur Gewinnorientierung vorne N 47 ff.

<sup>1006</sup> Siehe hinten N 446 ff.

<sup>1007</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 5 f., § 12 N 20; SPÖRRI, § 11 N 102.

<sup>1008</sup> Siehe hinten N 446 ff.

<sup>1009</sup> Vgl. dazu BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 47. Demnach kann im Vereinsrecht der ideelle Endzweck gegeben sein, wenn entweder Dritte wirtschaftliche Vorteile erlangen oder wenn gar niemand wirtschaftlich profitieren soll.

<sup>1010</sup> Vgl. dazu JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 3 N 19, mit Bezugnahme auf die Unterscheidung zwischen *ideellen, aber eigennützigen Zielen*, die der Befriedigung nichtwirtschaftlicher Bedürfnisse der Gesellschafter dienen (etwa Selbstverwirklichung oder Vergnügen im kulturellen, geselligen oder sportlichen Bereich), und den *gemeinnützigen Zielen*, bspw. der Befriedigung von materiellen oder ideellen Zielen Dritter. Diese Ausführungen beziehen sich auf das Gesellschaftsrecht im Allgemeinen. Die Aktiengesellschaft als verselbständigte Rechtsperson verfolgt ihre eigenen ideellen Interessen. Die Interessen der Aktionäre werden nur mittelbar verfolgt.

### c) Praktische Relevanz der Unterscheidungen

Die Unterscheidungen nach *Gewinnorientierung* und nach *Empfänger der Förderleistung* können zur Veranschaulichung dienen, um die verschiedenen Arten der Verfolgung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks voneinander abzugrenzen. Sie können im Hinblick auf die aktive Interessenwahrungspflicht und eine allfällige Haftung des Verwaltungsrats dann von Bedeutung sein, wenn aus den Statuten konkrete diesbezügliche Anweisungen vorliegen. Fehlt es an solchen, steht es dem Verwaltungsrat im Rahmen von Art. 717 Abs. 1 OR frei, wie er den nichtwirtschaftlichen Endzweck bestmöglich verfolgt. Die Unterscheidung ist jedoch für eine eigentliche Kategorienbildung untauglich, denn Mischformen sind in beliebiger Ausprägung möglich. Zum Beispiel kann eine Gesellschaft teilweise realisierbaren Überschuss anstreben und teilweise zugunsten der direkten Förderzweckverfolgung darauf verzichten. Je nach Perspektive kann darüber hinaus ein Sachverhalt in mehrere Kategorien eingeteilt werden. So ist die finanzielle Unterstützung von Bedürftigen uneigennützig, da Dritten vermögensrechtliche Vorteile zukommen, gleichzeitig werden dadurch aber ideelle Interessen der Gesellschaft (und mittelbar der Aktionäre) befriedigt, da die Unterstützung Bedürftiger gerade dem ideellen Endzweck der Gesellschaft entspricht und somit gewissermassen eigennützig erfolgt.

419

Nach dem Grundsatz der *Einheit des Aktienrechts* und jenem der *formalen Rechtsanwendung* ist zudem unabhängig davon, ob es sich um atypische Aktiengesellschaften oder um bestimmte Realtypen handelt, auf alle Aktiengesellschaften dasselbe Recht anzuwenden, auch wenn es sachliche Unterschiede gibt und gewisse Normen unpassend erscheinen mögen. Die Unterscheidung nach *Gewinnorientierung* und *Empfänger der Förderleistung* hat somit keine eigenständige aktienrechtliche Bedeutung.

420

## 5. Verwendungsgebiete in der Praxis

Im Rechtsleben sind Aktiengesellschaften mit nichtwirtschaftlichem Endzweck vornehmlich im Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben anzutreffen, sie kommen aber auch in anderen Bereichen vor. Zu den Tätigkeitsfeldern, in denen nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaften anzutreffen sind, gehören nebst anderen: Gesundheitswesen,<sup>1011</sup> Krankenkassen,<sup>1012</sup> Alterszentren,<sup>1013</sup> Dienstleistungen im Bereich Gesundheitswesen im Rahmen eines kirchlichen Auftrags,<sup>1014</sup> religiöser Bereich,<sup>1015</sup> Energie und Wasser,<sup>1016</sup> Bildungs- und Erziehungszwecke,<sup>1017</sup> Entwicklungshilfe,<sup>1018</sup> Integration,<sup>1019</sup>

421

<sup>1011</sup> Beispiele: Ärztefon AG; Forel Klinik AG; Orthotec AG; Spitex Region Brugg AG; SwissDRG AG.

<sup>1012</sup> Beispiele: ÖKK Kranken- und Unfallversicherungen AG; vivacare AG.

<sup>1013</sup> Beispiel: VitaFutura AG.

<sup>1014</sup> Beispiele: Bethesda Alterszentrum AG, Bethesda Spital AG.

<sup>1015</sup> Beispiel: Haus der jüdischen Jugend AG.

<sup>1016</sup> Beispiele: Energie Gossau AG, Energie und Wasser Erlenbach AG.

<sup>1017</sup> Beispiele: AKAD Höhere Fachschule Banking und Finance AG; Balgrist Campus AG; International School Winterthur AG; Kinderhaus Thalwil AG; passepartout-ch AG; Unitecra AG.

<sup>1018</sup> Beispiele: BankingtonPeople Development AG; Swisscontact Services AG; Zentronica AG.

<sup>1019</sup> Beispiele: Bimaris AG; Das Kind im Zentrum AG; Schäferei 43 AG.

Behindertenunterstützung,<sup>1020</sup> Halten von Immobilien,<sup>1021</sup> Erstellung, Verwaltung und Vermietung von kostengünstigem Wohnraum,<sup>1022</sup> Unterhaltung,<sup>1023</sup> Förderung der Stellung der Frau in der Arbeitswelt,<sup>1024</sup> Kultur,<sup>1025</sup> Sport und Freizeit,<sup>1026</sup> Betrieb einer Sternwarte,<sup>1027</sup> öffentliche Sicherheit,<sup>1028</sup> Konsumentenschutz,<sup>1029</sup> *Social Investment*.<sup>1030</sup> Die Mehrheit der in den Fussnoten genannten Beispiele aus den aufgezählten Bereichen dürften gemeinnützige Aktiengesellschaften sein.<sup>1031</sup>

## 6. Grundsatz der Klarheit beim nichtwirtschaftlichen Endzweck

### a) Erfordernis der ausdrücklichen Nennung

422 In der Lehre wird in Bezug auf Art. 620 Abs. 3 OR gefordert, dass ein nichtwirtschaftlicher Endzweck bzw. die fehlende Gewinnstrebigkeit ausdrücklich genannt werden müsse.<sup>1032</sup> Der wirtschaftliche Endzweck ist *e contrario* – bei Fehlen einer anderslautenden Bestimmung – stillschweigend in den Statuten mitenthalten.<sup>1033</sup> Für die Annahme eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks lassen sich demnach zwei Voraussetzungen ableiten: Erstens muss gefordert werden, dass der nichtwirtschaftliche Endzweck in die Statuten aufgenommen wird und zweitens hat dies in einer ausdrücklichen und somit auch in einer

---

<sup>1020</sup> Beispiele: SBS Schweizerische Bibliothek für Blinde, Seh- und Lesebehinderte AG.

<sup>1021</sup> Beispiel: Immobilien ETHZF AG.

<sup>1022</sup> Beispiel: Gemeinnützige Wohnbau Meilen AG GEWOMAG.

<sup>1023</sup> Beispiel: Radio Stadtfilter AG.

<sup>1024</sup> Beispiel: catalyst europe AG.

<sup>1025</sup> Beispiele: ACB Art Centre Basel AG; Beyeler Museum AG; Kultur am Bahnhof AG; MC Zürich AG; Opernhaus Zürich AG; Sommertheater Winterthur AG; Theater am Neumarkt AG; Schauspielhaus Zürich AG.

<sup>1026</sup> Beispiele: Finanz Infra AG; Nespoly AG; Sportanlage Erlen AG. Vgl. dazu VON DER CRONE, § 2 N 47; illustratives Beispiel ist die BaS Immobilien AG, die ihren nichtwirtschaftlichen Endzweck wie folgt umschreibt: «[...] ist eine *Aktiengesellschaft mit gemeinnützigem, sportlichem und kulturellem Charakter*, bezweckt den Bau und Betrieb einer Sport- und Eventhalle in Schönenwerd, insbesondere zur Förderung des Volleyballsports und stellt sicher, dass die Sport- und Eventhalle den lokalen und regionalen Sportvereinen sowie kantonalen und nationalen Sportverbänden für die Nutzung zur Verfügung steht. Bezweckt ferner die Bereitstellung von Infrastruktur für die Durchführung von sportlichen, kulturellen und weiteren Anlässen zu Gunsten der regionalen Bevölkerung. *Strebt keine wirtschaftlichen Vorteile für deren Aktionäre an*. Ein allfälliger Rechnungsüberschuss darf nur im Rahmen des statutarischen Zweckes der Gesellschaft verwendet werden, verfolgt eine gemeinnützige Zweckbestimmung im Sinne von Art. 620 Abs. 3 OR. Ihr Vermögen darf seiner Zwecksetzung nicht entfremdet werden. Kann andere Unternehmungen gründen, sich an anderen Unternehmungen beteiligen und ist berechtigt, Grundeigentum zu erwerben, zu belasten, zu veräussern und zu verwalten.» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1027</sup> Beispiel: Urania-Sternwarte Zürich AG.

<sup>1028</sup> Beispiel: Industriefeuerwehr Regio Basel AG (IFRB).

<sup>1029</sup> Beispiel: Konsumenteninfo AG.

<sup>1030</sup> Beispiel: Socential AG.

<sup>1031</sup> Viele Kantone führen Internetseiten mit Listen aller juristischen Personen, denen der Steuerstatus der Gemeinnützigkeit zugestanden wurde. So bspw. Zürich ([www.steuern.ch](http://www.steuern.ch)), Luzern ([www.steuern.lu.ch](http://www.steuern.lu.ch)) und Bern ([www.fin.be.ch](http://www.fin.be.ch)). Vgl. auch SCHÖNENBERG, S. 11 mit weiteren Beispielen.

<sup>1032</sup> VON DER CRONE, § 2 N 47; FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 221; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 46; GRÜNENFELDER, S. 29; LASSERRE, S. 102 f.; RUSCH, Interzession, S. 20. Es ist darauf hinzuweisen, dass ein Teil der Lehre – anders als in der vorliegenden Arbeit – nicht zwischen Gewinnstrebigkeit und wirtschaftlichem Endzweck differenziert. Siehe dazu vorne N 34 ff.

<sup>1033</sup> Im selben Sinne SPÖRRI, § 11 N 98.



genügend klaren Weise zu geschehen. Fraglich ist, worauf sich die Pflicht, den nichtwirtschaftlichen Endzweck in die Statuten aufzunehmen, konkret stützen lässt und welche Anforderungen in Bezug auf den Grundsatz der Klarheit zu erfüllen sind (müssen bspw. die Begriffe *nicht gewinnstrebig* oder *nichtwirtschaftlich* im Gesellschaftszweck vorkommen oder genügt eine sinngemässe Beschreibung?).

## b) Verkehrsschutzüberlegungen

Am Rechtsverkehr teilnehmende Dritte sollen erkennen können, mit wem, das heisst mit welcher Rechtsform sie es zu tun haben und wie diese Rechtsform im Rahmen des dispositiven Gestaltungsspielraums ausgestaltet ist.<sup>1034</sup> Die formale Natur des Aktienrechts erlaubt nur dort Gestaltungsmöglichkeiten, wo sie sich aus dem Wortlaut der Statuten oder des Gesetzes ergeben.<sup>1035</sup> Es soll verhindert werden, dass eine Rechtsform bis zur Unkenntlichkeit verändert wird.<sup>1036</sup> Dieser Grundsatz lässt sich dahingehend relativieren, dass das Aktienrecht eine Vielzahl von verschiedenen Ausgestaltungsformen gestattet, obwohl einige mit der Idee der Aktiengesellschaft kaum vereinbar sind.<sup>1037</sup>

Bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck besteht kein Zweifel darüber, dass es sich um eine Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. OR handelt. Der Grundsatz des Formenzwangs ist eingehalten, und durch die Normierung in Art. 620 Abs. 3 OR besteht (zumindest jetzt noch)<sup>1038</sup> auch eine gesetzliche Grundlage, die den nichtwirtschaftlichen Endzweck legitimiert. Fraglich ist, ob es dazu zwingend einer statutarischen Normierung bedarf. Diese Frage ist zu bejahen. Aus Art. 627 OR (über den bedingt notwendigen Statuteninhalt) ergibt sich, dass es zur Gültigkeit bestimmter aktienrechtlicher Gestaltungsvarianten einer statutarischen Grundlage bedarf. Dieser Statutenzwang im Sinne von Art. 627 OR sichert gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Publizität und Transparenz für Dritte und wird durch das Erfordernis des Eintrags ins Handelsregister ergänzt.<sup>1039</sup> Die Aufzählung in Art. 627 OR ist nicht abschliessend. Die Absage an einen wirtschaftlichen Endzweck stellt einen Eingriff in die Grundstruktur der Aktiengesellschaft dar,<sup>1040</sup> der ungleich schwerer ins Gewicht fällt als andere in Art. 627 OR genannte Sonderfälle.<sup>1041</sup> Zudem ergibt sich das Statutenerfordernis aus Art. 660 Abs. 1 und 2 OR, wonach der Bilanzgewinn und der Anteil am Liquidationsergebnis zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist, *sofern die Statuten nichts anderes bestimmen*.

Der Endzweck kann sich zudem auf die Vertretungsmacht auswirken, bspw. dann, wenn über die Vertretungsbefugnis eines Organs in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft befunden wird. Widerspricht

<sup>1034</sup> FISCHER D., S. 937; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 3 N 9.

<sup>1035</sup> GUHL/DRUEY, § 65 N 44.

<sup>1036</sup> FISCHER D., S. 937 f.

<sup>1037</sup> GUHL/DRUEY, § 65 N 39.

<sup>1038</sup> Art. 620 Abs. 3 OR soll ihm Rahmen der Aktienrechtsrevision gestrichen werden. Siehe vorne N 403 ff.

<sup>1039</sup> BGE 131 III 636 E. 2.2 S. 639.

<sup>1040</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 207.

<sup>1041</sup> Art. 627 OR soll gemäss dem E-OR 2016 ersatzlos gestrichen werden. Begründet wird dies damit, dass die Aufzählung unvollständig sei und sich der bedingt notwendige Statuteninhalt bereits aus den materiellrechtlichen Bestimmungen entnehmen lasse. Mit der Streichung ergebe sich zudem keine materiellrechtliche Änderung (Botsch. Aktienrechtsrevision 2016, 486 f.).

in einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft eine konkrete Disposition offensichtlich wirtschaftlichen Überlegungen, kann sie mit Nichtigkeitswirkung angefochten werden.<sup>1042</sup> Wird der nichtwirtschaftliche Endzweck im Handelsregister klar kundgetan, ist eine solches Rechtsgeschäft hingegen gültig.<sup>1043</sup>

- 426 Schliesslich fällt auch die Anlegerschutzfunktion des Zwecks unter den Aspekt Verkehrssicherheit. Der Anleger muss sich bei der Entscheidung, ob er in eine bestimmte Gesellschaft investieren möchte, am Zweck und insbesondere am Endzweck orientieren können.<sup>1044</sup> Gerade die Starrheit des Zwecks im Hinblick auf spätere Änderung (sowohl Tätigkeitsfeld als auch Endzweck) schafft beim Anleger Vertrauen und ist zentral für seine Motivation, in die Gesellschaft zu investieren.<sup>1045</sup>

### c) Grundsatz des öffentlichen Glaubens/Allgemeiner Gutglaubensschutz

- 427 Die Statuten und insbesondere der statutarische Zweck sind im Weiteren Gegenstand der handelsregisterrechtlichen Publizität. Sie sind nicht nur die «Verfassung» der Aktiengesellschaft, welche das Innenleben bestimmt, sondern werden durch die Publikation im Handelsregister auch Dritten gegenüber bekannt gegeben.<sup>1046</sup> Die Funktion des Handelsregisters besteht gemäss Art. 1 HRegV in der Offenlegung von rechtlich relevanten Tatsachen, der Gewährleistung von Rechtsicherheit und dem Schutz Dritter im Rahmen zwingender Bestimmungen des Zivilrechts. Teilnehmer des Geschäftsverkehrs müssen sich auf den Inhalt des Handelsregisters verlassen können.<sup>1047</sup> Berechtigte Erwartungen von Verkehrsteilnehmern und publizierte rechtliche Verhältnisse müssen Bestand haben.<sup>1048</sup> Dadurch entsteht die nötige Transparenz für wichtige Tatsachen in Bezug auf Haftungs- und Vertretungsfragen.<sup>1049</sup> Die Publizität kann somit die erforderliche Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr gewährleisten.<sup>1050</sup>
- 428 Dritte sind zwar nicht unmittelbar vom Endzweck einer Aktiengesellschaft betroffen, dennoch haben sie ein Interesse daran, zu wissen, mit wem sie es zu tun haben. Auch der Grundsatz «*same business, same risks, same rules*» bedeutet nicht, dass nur noch die wirtschaftliche Bedeutung einer Unternehmung zählt. Vielmehr besteht ein initiales Interesse daran, zu wissen, welche Rechtsform der eigenen Gesellschaft gegenübersteht und unter welcher besonderen Ausgestaltung sie organisiert ist.
- 429 Der öffentliche Glaube an die Richtigkeit eines Handelsregistereintrags kann auch als Vertrauensschutz, herrührend aus dem allgemeinen Gutglaubensschutz, angesehen werden.<sup>1051</sup> Der Öffentlichkeit wird

---

<sup>1042</sup> Wie es bspw. bei einer Schenkung der Fall sein kann, so in BGE 41 II 610 E. 4 S. 618 ff. Vgl. auch SIEGWART, Art. 626 N 45.

<sup>1043</sup> Siehe zur Vertretungsmacht vorne N 32 ff.

<sup>1044</sup> Auf die Geschäftsführung hat er, abgesehen von der Wahl des Verwaltungsrats, keinen Einfluss (vgl. Art. 716a OR). Der gewählte Verwaltungsrat muss aber die Interessen der Gesellschaft verfolgen und nicht diejenigen des ihn wählenden Aktionärs (Art. 717 OR).

<sup>1045</sup> Siehe zur Anlegerschutzfunktion vorne N d).

<sup>1046</sup> Siehe Art. 45 Abs. 1 lit. g HRegV, wonach der Zweck der Aktiengesellschaft ins Handelsregister eingetragen werden muss.

<sup>1047</sup> Ausführlich VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, § 7 N 40 ff.

<sup>1048</sup> VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, § 7 N 40.

<sup>1049</sup> SHK HRegV-TURIN, Art. 1 N 14.

<sup>1050</sup> SHK HRegV-TURIN, Art. 1 N 16.

<sup>1051</sup> VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, § 12 N 204 ff.

durch die Publizität ein für sie bestimmter Rechtsschein vermittelt.<sup>1052</sup> Der Rechtsschein bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck vermittelt den Eindruck, die Gesellschaft sei nicht im wirtschaftlichen Interesse ihrer Aktionäre tätig, sondern verfolge andere, ideelle Ziele. Ein Dritter, bspw. ein potentieller Vertragspartner, der die nichtwirtschaftliche Ausrichtung dem Handelsregister entnimmt, muss sich darauf verlassen können, dass der Profit der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft dem Förderzweck zukommt. Diese Überzeugung kann nämlich Grundlage und entscheidendes Kriterium dafür sein, dass gerade diese Rechtsperson als Vertragspartner ausgesucht wird oder dass dieser Aktiengesellschaft Konditionen zugestanden werden, die einer gewöhnlichen Aktiengesellschaft nicht gewährt worden wären.<sup>1053</sup> Umgekehrt kann der nichtwirtschaftliche Endzweck einer Aktiengesellschaft aus der Perspektive der Gesellschaftsgläubiger auch einen Nachteil darstellen.<sup>1054</sup> Der rational handelnde Teilnehmer im Geschäftsverkehr versucht nämlich im Voraus einzuschätzen, wie hoch das Risiko ist, das er durch den Vertragsschluss mit dem jeweiligen Vertragspartner eingeht.<sup>1055</sup> Erst durch Kenntnisnahme des klar festgelegten nichtwirtschaftlichen Endzwecks kann ein Gesellschaftsgläubiger bspw. seine Eigenverantwortlichkeit beim Eingehen eines Vertrages mit der Gesellschaft wahrnehmen.<sup>1056</sup> Neben solchen wirtschaftlich motivierten Überlegungen ist in rechtlicher Hinsicht auf die grundsätzlich fehlende Reservenbildung hinzuweisen. Denn eine Gesellschaft, die zwar gewinnorientiert ist, den nichtwirtschaftlichen Endzweck jedoch direkt verfolgt, wird keine Reserven bilden.<sup>1057</sup>

Gerade bei atypischen Gesellschaften wie der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck sind Verkehrsschutzüberlegungen von erhöhter Bedeutung. Da solche Ausprägungen nicht der Grundidee der Aktiengesellschaft entsprechen, ist der Schutz der am Geschäftsverkehr teilnehmenden Dritten umso wichtiger. Aus diesem Grund verlangt der Grundsatz des öffentlichen Glaubens und des guten Glaubens die ausdrückliche Nennung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks in den Statuten.

430

#### d) Klarheit in Bezug auf die aktive Interessenwahrungspflicht des Verwaltungsrats

Der Gesellschaftszweck ist insbesondere Richtlinie für die Geschäftspolitik und Schutz vor Änderung der Geschäftstätigkeit.<sup>1058</sup> In diesem Sinne muss es auch für den Verwaltungsrat klar sein, was seine Aufgabe ist. Er muss, mit andern Worten, das Interesse der Gesellschaft kennen und wissen, welche Ziele gewünscht und welche verpönt sind. Die aktive Interessenwahrungspflicht der geschäftsführenden Organe wird – wenn es um die Prüfung allfälliger Schadensersatzansprüche im Sinne von Art. 754 OR geht – auch unter Berücksichtigung des Endzwecks beurteilt. Nur durch unmissverständliche Aufnahme

431

<sup>1052</sup> VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, § 12 N 213.

<sup>1053</sup> So bspw., wenn beim Einkauf von Waren die Aktiengesellschaft mit ideellem Endzweck (bspw. Unterstützung von Bedürftigen) gegenüber der wirtschaftlichen bevorzugt wird, da der Profit eben letztlich nicht privaten Anlegern, sondern Bedürftigen zugutekommt.

<sup>1054</sup> Wenn bspw. angenommen wird, die Gesellschaft verhalte sich aufgrund ihrer nichtwirtschaftlichen Prägung im Geschäftsleben weniger rational als eine wirtschaftliche Aktiengesellschaft.

<sup>1055</sup> KÄGI, § 2 N 34 ff.

<sup>1056</sup> Vgl. RUSCH, Interzession, S. 29 f., der sich auf eine konzernrechtliche Unterwerfung und auf eine Abhängigkeit der Aktiengesellschaft zu einem Dritten bezieht.

<sup>1057</sup> Siehe zur Umgehung der Reservenbildung hinten N 584 ff.

<sup>1058</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 107.

des nichtwirtschaftlichen Endzwecks in die Statuten kann der Verwaltungsrat zur Verfolgung von nichtwirtschaftlichen Zielen verpflichtet und von der Pflicht zur gewinnstrebigem Geschäftsführung befreit werden.

#### e) Klarheit in Bezug auf Steuerbefreiung

- 432 Schliesslich ist eine genügend klare Bestimmung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks auch für Steuerfragen von zentraler Bedeutung, namentlich wenn über die Gewährung der Steuerbefreiung zu entscheiden ist.<sup>1059</sup> Die Steuerbehörde muss sich vergewissern können, dass unlimitierte Dividendenausschüttungen und ähnliche Vorgänge ausgeschlossen sind.<sup>1060</sup>

#### f) Zwischenergebnis und Würdigung

- 433 Nicht nur das Gesetz (Art. 627 OR i.V.m. Art. 660 Abs. 1 und 2 OR), sondern auch Verkehrsschutz- und Vertrauensschutzüberlegungen, die Notwendigkeit der Konkretisierung der aktiven Interessenwahrungspflicht sowie das Steuersystem fordern *Ausdrücklichkeit* und *Klarheit* bei der Fixierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks.
- 434 Nach der Lektüre des statutarischen Zwecks dürfen keine ernsthaften Zweifel darüber verbleiben, ob ein wirtschaftlicher oder ein nichtwirtschaftlicher Endzweck gegeben ist. An die Bestimmtheit des atypischen statutarischen Zwecks sind somit sehr hohe Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich muss, um dem *Grundsatz der Klarheit bei der Formulierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks* zu genügen, der Begriff *nichtwirtschaftlicher Endzweck* ausdrücklich enthalten sein. Lediglich dann, wenn anderweitig unmissverständlich<sup>1061</sup> zum Ausdruck kommt, dass die Aktiengesellschaft keine vermögensrechtliche Besserstellung ihrer Aktionäre anstrebt, kann nach der hier vertretenen Auffassung auf die ausdrückliche Verwendung des Begriffs *nichtwirtschaftlicher Endzweck* ausnahmsweise verzichtet werden. Besieht man sich die statutarischen Bestimmungen bestehender Aktiengesellschaften, können nach der hier vertretenen Auffassung etwa folgende Formulierungen als unmissverständlich im soeben genannten Sinne gelten und vermögen daher einen nichtwirtschaftlichen Endzweck zu begründen:

*Die Gesellschaft verfolgt weder Erwerbs- noch Selbsthilfeszwecke.*<sup>1062</sup>

*Die Gesellschaft hat gemeinnützigen Charakter und strebt keine wirtschaftlichen Vorteile für ihre Aktionäre an.*<sup>1063</sup>

*Bezweckt den gemeinnützigen und nicht gewinnorientierten Betrieb eines Theaters.*<sup>1064</sup>

---

<sup>1059</sup> Vgl. SCHÖNENBERG, S. 9, wonach die Zweckformulierung für den Erhalt der Steuerbefreiung grundlegend ist.

<sup>1060</sup> Siehe dazu hinten N 598 ff.

<sup>1061</sup> Vgl. FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 221.

<sup>1062</sup> Siehe Cantaleum Zürich AG und BankingonPeople Development AG.

<sup>1063</sup> Beispiel: Radio Stadtfilter AG.

<sup>1064</sup> Beispiel: Sommertheater Winterthur AG.

*In ihrer Geschäftstätigkeit ist die Gesellschaft nicht gewinnorientiert. Es werden weder Dividenden noch Tantiemen ausgerichtet.*<sup>1065</sup>

Bei diesen Beispielen handelt es sich um Bestimmungen im Zweckartikel. Eine unmissverständliche Formulierung kann sich indessen auch aus anderen Statutenbestimmungen ergeben.<sup>1066</sup> Dieselben Anforderungen sind im Übrigen in Bezug auf die nicht vorhandene Gewinnstrebigkeit zu stellen. Auch hier ist grundsätzlich die Verwendung des Begriffs *nicht gewinnstrebig* verlangt.

435

## 7. Bestimmtheit des Förderzwecks

### a) Förderzweck

Aus dem nichtwirtschaftlichen Endzweck leitet sich lediglich eine Abgrenzung zum wirtschaftlichen Endzweck ab. Worin der nichtwirtschaftliche Endzweck bestehen soll, ist damit nicht gesagt. Begriffe wie *ideell, politisch, religiös, wissenschaftlich, künstlerisch, wohltätig und gesellig*, wie sie bspw. in Art. 60 Abs. 1 ZGB<sup>1067</sup> aufgezählt werden, sind zwar nichtwirtschaftlicher Natur und beschreiben in groben Zügen, für welchen Bereich die Früchte der Gesellschaft gedacht sind. Wofür sie konkret eingesetzt werden und wie sie erhältlich gemacht werden sollen, ist aber mit der Verwendung solcher Begriffe nicht bestimmt. Bei einer Gesellschaft mit dem statutarischen Zweck «Handel mit Waren aller Art. Die Gesellschaft verfolgt keinen wirtschaftlichen Endzweck» wäre der nichtwirtschaftliche Endzweck genügend klar fixiert, darüber hinaus bliebe aber völlig ungewiss, welche (nichtwirtschaftlichen) Interessen verfolgt werden sollen.

436

Der Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft hat demnach zwei Komponenten: einerseits die *Fördertätigkeit* und andererseits die *unternehmerische Tätigkeit*. Diese beiden Komponenten können ohne Weiteres auseinandergehalten werden, wenn die Fördertätigkeit den wirtschaftlichen Endzweck ausschliesst (bspw. finanzielle Unterstützung von gemeinnützigen Organisationen im Bereich der Fürsorge von Kindern mit Behinderungen). Die finanzielle Unterstützung von gemeinnützigen Organisationen kann hier nur als Fördertätigkeit aufgefasst werden. Als unternehmerische Tätigkeit eignet sie sich nicht. Für die Frage, ob eine Fördertätigkeit oder eine unternehmerische Tätigkeit vorliegt, ist darauf abzustellen, ob sich die konkrete Tätigkeit eignet, einen betrieblichen Überschuss zu erwirtschaften oder nicht.

437

Die Bestimmtheit des Förderzwecks ist vor allem dann von Bedeutung, wenn eine Tätigkeit sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Ziele bedienen kann.<sup>1068</sup> Der nichtwirtschaftliche

438

<sup>1065</sup> Art. 1 Abs. 4 und Art. 24 Abs. 2 und 3 der Statuten der Werkhof Chloster 3 AG.

<sup>1066</sup> Siehe sogleich N 449 ff.

<sup>1067</sup> Siehe zudem Botsch. Steuerbefreiung, 5377, wonach eine exakte und abschliessende Definition eines «ideellen Zwecks» nicht möglich sei, da er im allgemeinen Sprachgebrauch facettenreich in Erscheinung trete. Synonyme seien in diesem Sinne unter anderem hingebungsvoll, schwärmerisch, träumerisch, uneigennützig, edelmütig, altruistisch, aufopferungsvoll, engagiert, wohltätig und selbstlos.

<sup>1068</sup> Eine Profi-Fussballmannschaft kann bspw. mit dem Ziel, Gewinn zu erzielen, oder mit dem Ziel, Meister zu werden, «betrieben» werden. Beim «Betrieb einer Sportmannschaft» handelt es sich um eine wirtschaftliche

Endzweck postuliert (anders als der wirtschaftliche) keine grundsätzliche Verpflichtung, nach Kosten-Nutzen-Überlegungen vorzugehen.<sup>1069</sup> Der Verwaltungsrat muss darum wissen, welche Tätigkeiten er nach unternehmerischen Gesichtspunkten ausüben muss und wo er davon abweichen darf bzw. es sogar muss.

- 439 Diese Überlegung wird auch durch eine Betrachtung des Vereins- und des Stiftungsrechts bestätigt. Im Stiftungsrecht verlangt das Gesetz in Art. 80 ZGB die Vermögenswidmung für einen *besonderen Zweck*. Dies deutet darauf hin, dass die Zweckumschreibung eines gewissen Grades an Bestimmtheit bedarf.<sup>1070</sup> Der Stiftungszweck ist also hinreichend deutlich zu formulieren, so dass den Stiftungsorganen mindestens Anhaltspunkte gegeben werden, *was* sie mit dem Stiftungsvermögen – neben dessen Bewirtschaftung zwecks Werterhaltung – anfangen sollen.<sup>1071</sup> Derselbe Grad an Bestimmtheit ist nach der hier vertretenen Auffassung auch für den Förderzweck der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu fordern.
- 440 In ähnlicher Weise kann auch im Vereinsrecht zwischen Endziel (finalem Ziel), der mittelbaren Aufgabe («höherem Ziel») und der unmittelbaren Tätigkeit unterschieden werden.<sup>1072</sup> Das *finale Ziel* entspricht dem aktienrechtlichen Begriff des Endzwecks und beantwortet die Frage, ob die Mitglieder von vermögensrechtlichen Vorteilen profitieren. Die *unmittelbare Tätigkeit* gibt über das Geschäftsgebaren im Sinne der zu erbringenden Dienstleistungen Auskunft und entspricht dem aktienrechtlichen Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld. Die mittelbare Aufgabe bzw. das mittelbare «*höhere Ziel*» beschreibt, wozu die Aktivitäten des Vereins dienen sollen<sup>1073</sup> und entspricht demnach dem hier beschriebenen Förderzweck.
- 441 Betreibt die Gesellschaft ein Unternehmen, das grundsätzlich geeignet wäre, einen wirtschaftlichen Endzweck zu bedienen, müssen die Statuten nicht nur über die unternehmerische Tätigkeit, sondern auch über die (nichtwirtschaftliche) *Fördertätigkeit* Aufschluss geben.<sup>1074</sup> Der Zweckformulierung der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft kommt daher grössere Bedeutung zu als derjenigen der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck. Die hier geforderte Spezifikation bzw. Präzisierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks im Sinne einer Förderzweckbestimmung ist keine «Denaturierung»<sup>1075</sup>

---

Tätigkeit, die mit Aufwendungen verbunden ist und Einnahmen generiert. Das Fussballgeschäft ist also grundsätzlich dazu geeignet, einen betrieblichen Überschuss zu erzielen.

<sup>1069</sup> Siehe zu *Net-Present-Value* vorne N 82.

<sup>1070</sup> BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 80 N 13.

<sup>1071</sup> BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 80 N 15, mit dem Hinweis, dass Zweckumschreibungen wie etwa «karitative Zwecke» ohne weitere Präzisierungen zu vermeiden sind.

<sup>1072</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 37.

<sup>1073</sup> Gemäss BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 37 sind Beispiele hierfür die Förderung der körperlichen Erhaltung sowie der Gesundheitsvorsorge, die Unterstützung von Entwicklungsländern oder die wissenschaftliche Weiterbildung.

<sup>1074</sup> Vgl. STÖCKLI, Diss., S. 312 f., der in diesem Zusammenhang von «unmittelbarem Zweck» spricht. DIAS, S. 43 verwendet die Bezeichnung «eigener (konkreter) Zweck». Vgl. ferner auch DIAS, S. 40 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 68.

<sup>1075</sup> Die von BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 477, als «wundersame Blüte» einer Zweckklausel bezeichnete Formulierung «Die Gesellschaft bezweckt die Fortführung des im Berner Oberland verwurzelten, schweizerisch beherrschten Familienbetriebs im Spenglergewerbe» kann statt als Vinkulierungsversuch auch als Spezifikation eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks aufgefasst werden. Es handelt sich dann nicht um eine

der Zweckklausel, sondern schlicht notwendig, da im Gegensatz zur Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck, wo die Gewinnstrebigkeit durch Dividendenausschüttung verwirklicht wird, bei der gewinnorientierten nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft der finale Zweck erst noch zu spezifizieren ist.<sup>1076</sup>

Der wirtschaftliche Endzweck erfordert lediglich die Angabe des unternehmerischen Tätigkeitsfelds. Der nichtwirtschaftliche Endzweck verlangt demgegenüber Angabe des unternehmerischen Tätigkeitsfelds und Angabe des Förderzwecks bzw. der Fördertätigkeit.<sup>1077</sup>

442

## b) Förderzwecktätigkeit als Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks?

Von praktischer Bedeutung ist die Frage, unter welchen Umständen eine reine Förderzweckbestimmung ohne ausdrücklichen Hinweis auf den nichtwirtschaftlichen Endzweck ausreicht, um die nichtwirtschaftliche Grundausrichtung festzulegen. Bei der gewöhnlichen Aktiengesellschaft kann nur dann ein nichtwirtschaftlicher Endzweck, der dem Grundsatz der Klarheit des nichtwirtschaftlichen Endzwecks genügt, angenommen werden, wenn unmissverständlich zum Ausdruck kommt, dass die Aktiengesellschaft keine vermögensrechtliche Besserstellung ihrer Aktionäre anstrebt. Wird der Begriff «nichtwirtschaftlich»<sup>1078</sup> nicht ausdrücklich verwendet, muss sich der nichtwirtschaftliche Endzweck anderweitig zweifelsfrei ergeben.<sup>1079</sup> Ist die Gesellschaftstätigkeit jedoch geeignet, sowohl Überschuss zu erwirtschaften als auch nichtwirtschaftliche Ziele zu bedienen, herrscht keine Klarheit darüber, worin der Endzweck bestehen soll.<sup>1080</sup>

443

Die statutarische Nennung einer Fördertätigkeit kommt demnach nur dann als Grundlage für die Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks in Frage, wenn deren Ausübung einen wirtschaftlichen Endzweck geradezu ausschliesst. Die Tätigkeit darf demnach nicht gleichzeitig geeignet sein, einen

444

«Denaturierung der Zweckklausel» weil ein Tätigkeitsfeld hätte beschrieben werden sollen, sondern um eine nichtwirtschaftliche, ideelle Komponente des Endzwecks.

<sup>1076</sup> Ebenso kann eine Vinkulierung aufgrund persönlicher Eigenschaften von Aktionären in Bezug auf die Zweckerreichung der Gesellschaft als ideell motiviert angesehen werden und gerade dazu führen, dass der wirtschaftliche Endzweck dadurch eingeschränkt wird. Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 731, wonach die «trockene Ablehnung», ein Vorschlag, der in den Aktienrechtsentwurf von 1983 einfluss, es Gesellschaften wie bspw. Zeitschriften einer bestimmten ideologischen Ausrichtung ermöglichen sollte, sich vor anders gepolten Aktionären zu schützen. Dieses Interesse ist indessen ideeller, nichtwirtschaftlicher Natur, während die Vinkulierung das Aussenverhältnis betrifft.

<sup>1077</sup> So wäre eine Zweckangabe wie «Unterstützung von eigenen Partnerklubs» eine Spezifikation des nichtwirtschaftlichen Endzwecks und kein Tätigkeitsfeld. Konkrete Tätigkeiten, welche dieses Anliegen verwirklichen, wären bspw. die Organisation von Trainings und Schulungen sowie das Bereitstellen von Infrastruktur für den Partnerklub. Die letztgenannten Tätigkeiten sind grundsätzlich geeignet, Überschuss zu erzielen, und sind erst im Zusammenhang mit einem ausdrücklich nichtwirtschaftlichen Endzweck als Förderzweck auszulegen. Vgl. Zweckartikel der EHC Kloten Sport AG hinten N 950.

<sup>1078</sup> Realisierbar wäre die Ausdrücklichkeit auch mit der Passage «die Gesellschaft strebt keine wirtschaftliche Besserstellung ihrer Gesellschafter an».

<sup>1079</sup> Siehe die obigen Ausführungen zum Grundsatz der Klarheit des nichtwirtschaftlichen Endzwecks, N 434.

<sup>1080</sup> Bei der Aktiengesellschaft mit alleiniger staatlicher Beteiligung ist dies ausnahmsweise hinzunehmen, weil von allfälligen vermögensrechtlichen Vorteilen kein Privater direkt oder indirekt profitiert, sondern ausschliesslich der Staat, der ohnehin im Einklang mit öffentlichem Recht und im Interesse des Allgemeinwohls damit zu verfahren hat. Siehe dazu hinten N 684 ff.

unternehmerischen Überschuss zu erzielen. Bei Formulierungen wie «Unterstützung» oder sogar ausdrücklich «finanzielle Unterstützung» (bspw. «Die Gesellschaft bezweckt die finanzielle Unterstützung von Bedürftigen»)<sup>1081</sup> sowie «Förderung» von ideellen Motiven oder von Dritten sind keine realistischen Konstellationen denkbar, die geeignet wären, den Aktionären vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen.<sup>1082</sup> Solche Formulierungen können im Gesamtzusammenhang des Einzelfalls die Anforderungen des Grundsatzes der Klarheit erfüllen. Die Anforderungen sind indessen nach einem strengen Massstab zu prüfen.<sup>1083</sup> Die Nennung einer öffentlichen Aufgabe, welche genauso gut auch von einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft wahrgenommen werden kann, reicht jedenfalls nicht.<sup>1084</sup>

445 Der Sport kann, wenn er als ideelles Ziel verstanden wird,<sup>1085</sup> eine nichtwirtschaftliche Finalität begründen. Allerdings eignet sich der Sport bzw. dessen Vermarktung auch als unternehmerisches Feld, das, nach ökonomischen Gesichtspunkten geführt, ohne Weiteres geeignet ist, Profite zu generieren. Die blosser Nennung des Betätigungsfelds «Sport» reicht somit nicht, um einen nichtwirtschaftlichen Endzweck zu begründen.

### c) Direkte und indirekte Förderzweckverfolgung

446 Die Förderzweckverfolgung kann in der Organisation der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft auf zwei Wegen erfolgen. Die Gesellschaftstätigkeit kann zum einen durch den Förderzweck *direkt* verfolgt werden. Dies ist bspw. der Fall, wenn die konkrete Tätigkeit geeignet ist, sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Ziele zu begünstigen (*direkte Förderzweckverfolgung*).<sup>1086 1087</sup> Der realisierbare Gewinn wird dabei fortlaufend direkt in die Förderzweckverfolgung investiert, da diese in unmittelbarem Zusammenhang zur unternehmerischen Tätigkeit steht. Die nichtwirtschaftliche Sportaktiengesellschaft vermarktet bspw. ihre Sportanlässe und generiert Einnahmen, die sie letztlich zur Verfolgung ihrer sportlichen Ziele einsetzt. Die Generalversammlung wird demzufolge bei der direkten Förderzweckverfolgung nicht im Sinne von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR über die Verwendung des Bilanzgewinns beschliessen.<sup>1088</sup>

---

<sup>1081</sup> Vgl. Zweckklausel der FC Basel Holding AG. Siehe dazu den Textauszug hinten N 903.

<sup>1082</sup> Die Auslegung des Zwecks (Endzweck und Gesellschaftszweck) erfolgt nach denselben Grundsätzen wie die Gesetzesauslegung. Es ist demnach danach zu fragen, was ein objektiver Dritter unter dem statutarischen Zweck versteht, und nicht etwa danach, was die Gründer oder später eingetretene Gesellschafter damit gemeint haben. Siehe zur Auslegung des Zwecks vorne N 17 ff.

<sup>1083</sup> Siehe dazu vorne N 434.

<sup>1084</sup> So ist der Betrieb eines Behindertentransports mit und ohne wirtschaftliche Finalität möglich. Siehe in diesem Zusammenhang zur Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung hinten N 684 ff.

<sup>1085</sup> Siehe dazu vorne N 158.

<sup>1086</sup> Dies dürfte bei den Sportaktiengesellschaften regelmässig zutreffen.

<sup>1087</sup> Vgl. SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, S. 81, wonach *direkte Förderzweckverfolgung* bei Stiftungen üblich ist. Durch *direkten Projektaufwand* wird dabei der Stiftungszweck unmittelbar – als integraler Teil der operativen Tätigkeit – verfolgt. Ferner SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, S. 90 betreffend Projektevaluationsverfahren zur Feststellung der Wirksamkeit bei Stiftungen.

<sup>1088</sup> Vgl. LASSERRE, S. 103.



Zum anderen kann der Förderzweck *indirekt* verfolgt werden, indem aus der gewinnorientierten unternehmerischen Tätigkeit – völlig unabhängig vom nichtwirtschaftlichen Endzweck – ein Überschuss erwirtschaftet wird, über dessen Verwendung in einem zweiten Schritt die Generalversammlung beschliesst (= *indirekte Förderzweckverfolgung*).<sup>1089 1090</sup>

Die Frage nach der direkten und der indirekten Förderzweckverfolgung hängt mit der Gesellschaftstätigkeit zusammen und somit mit der Frage, *wie* der Endzweck realisiert werden soll. Das Abstellen auf das Jahresergebnis und den Bilanzgewinn ist dabei wenig hilfreich. Die Bilanz ist die Momentaufnahme der finanziellen Lage der Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt und zeigt (anhand der Differenz zwischen Aktiven und Passiven) den Bilanzgewinn bzw. den Bilanzverlust.<sup>1091</sup> Ihr ist indessen nicht zu entnehmen, ob der Förderzweck direkt oder indirekt verfolgt wird, und im Übrigen auch nicht, welcher Endzweck überhaupt verfolgt wird. Schliesslich ist es ohne Weiteres denkbar, dass eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft den Förderzweck gleichzeitig *direkt* und *indirekt* verfolgt. Um bei der direkten Förderzweckverfolgung auseinanderzuhalten in welchem Umfang Mittel für die rein unternehmerische Tätigkeit eingesetzt werden und in welchem Ausmass die Fördertätigkeit verfolgt wird, ist eine getrennte Rechnungslegung unerlässlich.

## 8. Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks im Zweckartikel?

Durch die Festlegung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks wird die innergesellschaftliche Ordnung in einschneidender Weise beeinflusst. Eine andere Stufe als die Statutenebene kommt für eine solch tiefgreifende Richtungsvorgabe nicht in Frage.<sup>1092</sup> Jede Änderung des Endzwecks bedarf daher der Zustimmung aller Aktionäre und einer Statutenänderung.<sup>1093</sup> Die lediglich mündliche oder schriftliche Zustimmung der Aktionäre oder ein Beschluss der Generalversammlung, der nicht zu einer Statutenänderung führt, können keinen nichtwirtschaftlichen Endzweck begründen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang einzig, ob der nichtwirtschaftliche Endzweck im *Zweckartikel* der Gesellschaft enthalten sein muss oder ob er auch an anderer Stelle zum Ausdruck kommen kann.

### a) Nichtwirtschaftlicher Endzweck im Zweckartikel

Dass der Zweck der Gesellschaft in einem *Zweckartikel* enthalten sein muss, wird durch die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Statuten und durch die Handelsregisterverordnung verlangt.<sup>1094</sup> Dabei ist

<sup>1089</sup> Vgl. dazu SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, S. 127: Im Stiftungsrecht sind derartige Abgrenzungen geläufig. So kann zwischen einer *mittelsprechenden Stiftung*, die auf von aussen an sie herangetragene Gesuche reagiert, und einer operativen Stiftung, die selber zweckkonforme Projekte umsetzt, unterschieden werden, wobei Mischformen auch hier ohne Weiteres möglich sind.

<sup>1090</sup> Vgl. diesbezüglich jedoch WATTER/SPILLMANN, S. 11, wonach Aktionäre üblicherweise Kapital, das sie nicht für wirtschaftliche Zwecke einsetzen wollen, nicht zuerst in eine Aktiengesellschaft investieren, sondern es den jeweiligen Begünstigten direkt zukommen lassen.

<sup>1091</sup> Statt aller VON BÜREN/STOFFEN/WEBER, N 1072.

<sup>1092</sup> Vgl. ZK-TANNER, Art. 704 N 25.

<sup>1093</sup> Vgl. VON DER CRONE, § 2 N 47. Siehe dazu hinten N 538 ff.

<sup>1094</sup> Art. 626 Ziff. 2 OR und Art. 118 HRegV.

indessen nicht der Gesellschaftszweck im Sinne von Endzweck, sondern im Sinne von Tätigkeitsfeld gemeint.<sup>1095</sup> Das Gesetz fordert nirgends, dass ein nichtwirtschaftlicher Endzweck in den Zweckartikel aufzunehmen sei. Demnach ist eine Bestimmung, die anderswo als im Zweckartikel untergebracht ist, nicht *a priori* ausgeschlossen. Fraglich ist indessen, ob aufgrund von Transparenz- und Verkehrsschutzüberlegungen nicht doch eine Aufnahme in den Zweckartikel verlangt werden muss.

## **b) Nichtwirtschaftlicher Endzweck ausserhalb des Zweckartikels**

451 Der Zweckartikel ist für den Verkehrsschutz von grosser Bedeutung. Er erscheint im Handelsregisterauszug, welcher öffentlich ist, und ist zudem über die Internetdatenbank [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch) elektronisch abrufbar.<sup>1096</sup> Für den Eintrag wird der Zweckartikel der Aktiengesellschaft entweder unverändert gemäss Statuten übernommen oder auf den wesentlichen Inhalt verkürzt und mit einem Hinweis versehen, wonach der vollständige Zweck den Statuten zu entnehmen sei.<sup>1097</sup> Dem Verkehrsschutz wäre es eindeutig dienlicher, wenn ein nichtwirtschaftlicher Endzweck im Handelsregisterauszug sichtbar wäre. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass nicht nur die in Art. 45 HRegV (betreffend Inhalt des Eintrags) aufgeführten Angaben öffentlich sind, sondern eben auch alle Anmeldungen und Belege (Art. 10 HRegV), womit auch die vollständigen, aktuellen Statuten von jedermann eingesehen werden können.

452 Auch andere aktienrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, die den Anspruch auf verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn in signifikanter Weise einschränken können, wie Vorzugsaktien (Art. 654 OR) oder Genussscheine (Art. 657 OR) bedürfen zwar eines Statuteneintrags, nicht aber der Nennung im Zweckartikel. Immerhin sind Vorzugsaktien,<sup>1098</sup> Genussscheine<sup>1099</sup> und besondere Vorteile<sup>1100</sup> ins Handelsregister einzutragen.<sup>1101</sup> Derartige spezielle Tatbestände werden regelmässig unter der Rubrik «Bemerkungen» im Handelsregisterauszug publik gemacht. Ein solcher Hinweis ist nach der hier vertretenen Auffassung auch für den nichtwirtschaftlichen Endzweck angezeigt. Sieht eine Gesellschaft den Ausschluss von Dividendenausschüttungen unter der Statutenbestimmung betreffend «Gewinnverwendung» vor, wäre dazu eine Bemerkung wie etwa «Die Gesellschaft verzichtet auf Gewinnausschüttung»<sup>1102</sup> ins Handelsregister einzutragen.<sup>1103</sup> *De lege ferenda* ist demnach zu fordern, Art. 45 HRegV sei um eine Bestimmung zu ergänzen, wonach ein nichtwirtschaftlicher Endzweck bzw. ein Dividendenausschluss im Handelsregistereintrag ersichtlich sein muss. Aus Transparenzgründen ist indessen ohnehin die Aufnahme in den Zweckartikel zu empfehlen.

---

<sup>1095</sup> Siehe vorne N 28 f.

<sup>1096</sup> Art. 13 f. HRegV.

<sup>1097</sup> Art. 118 Abs. 2 lit. a und lit. b HRegV. Vgl. auch Art. 45 lit. g HRegV.

<sup>1098</sup> Art. 45 Abs. 1 lit. k HRegV.

<sup>1099</sup> Art. 45 Abs. 1 lit. m HRegV.

<sup>1100</sup> Art. 45 Abs. 2 lit. d HRegV.

<sup>1101</sup> Siehe dazu SHK HRegV-TAGMANN, Art. 45 N 17 ff., 23 f., 39.

<sup>1102</sup> Vgl. Art. 24 Ziff. 3 der Statuten der Limmattalbahn AG vom 16. Mai 2011.

<sup>1103</sup> Soweit ersichtlich, wird unter «Bemerkungen» nicht auf einen nichtwirtschaftlichen Endzweck oder einen Dividendenausschluss hingewiesen.

Im Ergebnis bleibt es jedoch dabei, dass auch die Statuten – als einzureichender Beleg – öffentlich sind und sich jedermann jederzeit einen Auszug bestellen kann. Der nichtwirtschaftliche Endzweck kann demnach auch ausserhalb des Zweckartikels als separate Statutenbestimmung verankert werden.

453

### c) Nichtwirtschaftlicher Endzweck als Statutenbestimmung über Gewinnverwendung

Für die Zulässigkeit der Begründung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks ausserhalb des Zweckartikels spricht auch der Wortlaut von Art. 660 Abs. 1 OR.<sup>1104</sup> Demnach steht dem Aktionär ein verhältnismässiger Anteil am Bilanzgewinn zu, «soweit dieser nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist». Obschon diese Bestimmung auf die Frage abzielt, in welchem Ausmass Aktionäre Ausschüttungen beschliessen dürfen und in welchem Umfang Reserven zu bilden sind, kann auch durch ein Ausschüttungsverbot ein nichtwirtschaftlicher Endzweck begründet werden.<sup>1105</sup> Die statutarische Grundlage des nichtwirtschaftlichen Endzwecks ist dann typischerweise in der Statutenbestimmung über die Gewinnverwendung enthalten. Tatsächlich ist eine solche statutarische Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks ohne einen entsprechenden Hinweis im Zweckartikel in der Rechtsrealität auch so praktiziert worden. So sieht bspw. die Limmattalbahn AG in Art. 24 Ziff. 3 ihrer Statuten<sup>1106</sup> betreffend Gewinnverwendung vor: «Auf die Gewinnausschüttung wird verzichtet.»<sup>1107</sup>

454

Die alleinige Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks durch ein Gewinnausschüttungsverbot kann unter Umständen jedoch unzureichend sein. Wenn der Gesellschaftszweck keinerlei Hinweise auf einen möglichen Förderzweck enthält, ist unklar, wofür die Früchte des Unternehmens verwendet werden sollen. So wäre bei einer Aktiengesellschaft mit dem Gesellschaftszweck «Handel mit Waren aller Art» schleierhaft, was mit erzieltm oder erzielbarem Gewinn geschehen soll.

455

Meist dürfte der nichtwirtschaftliche Endzweck indessen in beiden Statutenbestimmungen (Zweckartikel und Artikel über Gewinnverwendung) festgehalten sein. So nimmt etwa die *Haus der jüdischen Jugend AG*, die in Art. 1 ihrer Statuten<sup>1108</sup> auf ihren ausschliesslichen und unwiderruflichen gemeinnützigen Zweck Bezug und führt in Art. 27 Abs. 3 aus: «Der verbleibende Bilanzgewinn wird entsprechend der nichtwirtschaftlichen Zielsetzung nicht ausgeschüttet. Er steht der Gesellschaft im Rahmen ihres Gesellschaftszwecks und den gesetzlichen Bestimmungen zur freien Verfügung.»<sup>1109</sup> Diese doppelte

456

<sup>1104</sup> Vgl. VON STEIGER, S. 48 f.

<sup>1105</sup> Siehe dazu ausführlich hinten N 656 ff.

<sup>1106</sup> Statuten vom 16. Mai 2011.

<sup>1107</sup> Weitere Beispiele sind die Regio 144 AG, die in Art. 30 Abs. 2 ihrer Statuten festhält: «Der verbleibende Jahresgewinnsaldo [nach Zuweisung an die gesetzlichen Reserven] und ein allfälliger Gewinnvortrag früherer Geschäftsjahre werden zur Äufnung freier Reserven oder von Rückstellungen im Rahmen der Sicherstellung des Gesellschaftszwecks verwendet.»

<sup>1108</sup> Statuten vom 17. Dezember 1998.

<sup>1109</sup> Ein weiteres Beispiel ist die Socential AG mit folgender statutarischer Fixierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks in Art. 2 Abs. 4 der Statuten vom 30. März 2011: «Die Gesellschaft hat einen ausschliesslich gemeinnützigen Charakter und verfolgt keinerlei Selbsthilfe- oder Erwerbszwecke. Sie strebt keine wirtschaftlichen Vorteile zugunsten ihrer Aktionäre an» sowie in Art. 20 Abs. 2 und 3: «Der Bilanzgewinn darf nur auf die neue Rechnung vorgetragen werden oder im Rahmen des statutarischen Zwecks der Gesellschaft

statutarische Festlegung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks ist im Lichte des Grundsatzes der Klarheit jeder nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft nahezulegen. Sofern nicht in der Bestimmung über Gewinnverwendung geregelt wird, wie mit dem Liquidationserlös zu verfahren ist, sollte der nichtwirtschaftliche Endzweck auch in der Statutenbestimmung über die Liquidation fixiert werden.<sup>1110</sup>

#### **d) Zwischenergebnis**

- 457 Mit der Aufnahme des nichtwirtschaftlichen Endzwecks in die Statuten ist dem Publizitätserfordernis im minimalen Ausmass Genüge getan, wenngleich die (zusätzliche) Kundgabe im Zweckartikel aus Transparenzgründen zweckmässig wäre. Ergibt sich der nichtwirtschaftliche Endzweck direkt aus dem Förderzweck (bspw. bei der Formulierung «finanzielle Unterstützung eines Dritten»), ist er ohnehin im Zweckartikel enthalten.

### **9. Nichtwirtschaftlicher Endzweck durch Aktionärsbindung**

- 458 Neben der Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks in den Statuten kommt eine Festlegung im Rahmen eines Aktionärsbindungsvertrages in Frage. Diesbezüglich könnte argumentiert werden, der nichtwirtschaftliche Endzweck betreffe die vermögensrechtlichen Ansprüche der Aktionäre, auf die sie einstimmig verzichten können. Somit wäre auch durch vertragliche Vereinbarung aller Aktionäre (durch Abschluss eines Aktionärsbindungsvertrags<sup>1111</sup>) sichergestellt, dass keinem Aktionär gegen seinen Willen sein Vermögensrecht entzogen würde.
- 459 Das Gesetz gewährt dem Aktionär jedoch ein unentziehbares Recht auf Anteil am Gewinn (Art. 660 Abs. 1 OR). Der Verzicht darauf kann gegenüber der Gesellschaft nur in Form eines Generalversammlungsbeschlusses mit Statuteneintragung rechtsgültig vereinbart werden. Ein genereller Dividendenausschluss in einem Aktionärsbindungsvertrag stünde im Widerspruch zum Gesetz und wäre demnach widerrechtlich und nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR. Der nichtwirtschaftliche Endzweck lässt sich folglich nicht in einem Aktionärsbindungsvertrag vereinbaren.<sup>1112</sup>

### **10. Zwischenergebnis**

- 460 Die Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ist eine atypische Aktiengesellschaft, die gestützt auf Art. 620 Abs. 3 OR gegründet werden kann. Die Aktionäre einer solchen Gesellschaft erhalten keine vermögensrechtlichen Vorteile. Die im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision vorgesehene Streichung dieser Bestimmung wird keine materiellrechtlichen Änderungen bewirken. Der Grundsatz der Klarheit des nichtwirtschaftlichen Endzwecks verlangt eine unmissverständliche

---

verwendet werden. Aufgrund ihres gemeinnützigen Gesellschaftszwecks ist die Ausschüttung von Dividenden und Tantiemen ausnahmslos verboten.»

<sup>1110</sup> Siehe hinten N 518 ff.

<sup>1111</sup> Siehe zum Aktionärsbindungsvertrag vorne N 194 ff.

<sup>1112</sup> Dies entspricht dem Ergebnis in Kapitel 2, wonach sportliche Ziele nicht durch einen entsprechenden Aktionärsbindungsvertrag verfolgt werden können. Siehe vorne N 194 ff.

Formulierung in den Statuten, wobei die Aufnahme in den Zweckartikel aus Transparenzgründen dringend zu empfehlen ist; allerdings kann der nichtwirtschaftliche Endzweck auch anderswo in den Statuten festgehalten werden oder durch einen Dividenden- und Schlussdividendenausschluss erfolgen. Der nichtwirtschaftliche Endzweck erfordert zudem, dass der konkrete Förderzweck benannt und damit die Frage beantwortet wird, wozu die Früchte des unternehmerischen Betriebs einzusetzen sind.

## II. Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für den Verwaltungsrat

### Vorbemerkung

Im folgenden Abschnitt ist zunächst zu untersuchen, inwiefern sich das Gesellschaftsinteresse im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ändert und welche Konsequenzen sich daraus im Allgemeinen für den Verwaltungsrat ergeben (1.). Gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse wird sodann im Speziellen geprüft, ob die in Kapitel 2 beschriebenen Probleme bei der Verfolgung von sportlichen Zielen in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft entschärft werden (2.).

461

### 1. Gesellschaftsinteresse bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft

#### a) Definitionsbemühungen in der Lehre

Die reichhaltige Literatur zum Gesellschaftsinteresse befasst sich praktisch ausschliesslich mit der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck.<sup>1113</sup> Eine vertiefte Abhandlung zum Gesellschaftsinteresse bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft fehlt bislang.<sup>1114</sup> Eine Kurzdefinition findet sich bei VON DER CRONE, dem zufolge unter dem Gesellschaftsinteresse der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft die *Förderung von Drittinteressen unter Erhalt der Zahlungsfähigkeit* zu verstehen ist.<sup>1115</sup> Diese Definition zielt auf die uneigennützige Zweckverfolgung ab, erfasst indessen nicht die ideellen (eigennützigen) Ziele der Gesellschaft selbst.<sup>1116</sup> Auch ist nicht klar, was unter *Erhalt der Zahlungsfähigkeit* konkret zu verstehen ist. Es bleibt also zu klären, wie das Gesellschaftsinteresse bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck zu definieren bzw. zu präzisieren ist.

462

<sup>1113</sup> Siehe zum Gesellschaftsinteresse vorne N 66 ff.

<sup>1114</sup> LASSERRE geht – im Gegensatz zur vorliegenden Arbeit – in seiner Dissertation zum Thema «*La société anonyme à but non économique en droit suisse*» davon aus, unter einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft sei auch eine genossenschaftliche Aktiengesellschaft zu verstehen, also eine Aktiengesellschaft, die vermögensrechtliche Vorteile für ihre Aktionäre in anderer Weise als in Form von Geld erbringt. Siehe dazu etwa LASSERRE S. 35, 83.

<sup>1115</sup> VON DER CRONE, § 2 N 47.

<sup>1116</sup> Bei den Interessen der Aktionäre handelt es sich in gewisser Weise auch um «Drittinteressen», da die Aktiengesellschaft von ihren Mitgliedern losgelöst und verselbständigt ist. Indem die Gründerinteressen anlässlich der Gesellschaftsgründung (oder nach einer späteren Zweckänderung die Aktionärsinteressen) im Gesellschaftszweck Niederschlag gefunden haben, handelt es sich nicht mehr um Interessen Dritter, sondern um die Interessen der Gesellschaft selbst.

463 Dazu erscheint eine Betrachtung der juristischen Personen des ZGB zweckdienlich. Stiftungen und Vereine sind grundsätzlich nichtwirtschaftlicher Natur und verfügen häufig auch über ein kaufmännisches Gewerbe. Demzufolge stellt sich die Frage, ob sich aus dem Konzept des Vereins- bzw. Stiftungsinteresses etwas für das Gesellschaftsinteresse der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft gewinnen lässt. Im Aktienrecht selbst ist die Konzernsituation mit einer Tochtergesellschaft, die sich in den Dienst der Muttergesellschaft stellt und zu deren Gunsten auf Gewinnerzielung verzichtet, von Interesse.

## **b) Vereinsinteresse?**

464 Das oberste Organ des Vereins ist der Vorstand (Art. 69 ZGB). Er hat die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen und ist zur Geschäftsführung verpflichtet. Dabei muss er sich an die Statuten und die darin definierten Ziele halten.<sup>1117</sup> Der Vorstand hat den Verein so zu führen, wie es von einem vernünftigen und umsichtigen Vorstand unter Berücksichtigung der konkreten Umstände erwartet werden darf.<sup>1118</sup> Dabei trifft ihn eine allgemeine Treue- und Sorgfaltspflicht, ähnlich der aktienrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflicht von Art. 717 Abs. 1 OR.<sup>1119</sup> Konkrete Pflichten ergeben sich zudem aus Gesetz, Statuten und sonstigen Erlassen und Beschlüssen des Vereins.<sup>1120</sup>

465 Solche allgemeinen Umschreibungen vermögen den Begriff *Vereinsinteresse* jedoch nicht näher zu konkretisieren. Zudem ist das Vereinsinteresse signifikant anders gelagert als das Gesellschaftsinteresse. Denn der Verein ist eine personenbezogene Körperschaft, was bei der Ausgestaltung der Mitgliedschaft zum Ausdruck kommt.<sup>1121</sup> Insbesondere ist eine allgemeine Treuepflicht der Vereinsmitglieder anerkannt.<sup>1122</sup> Stellt sich bspw. die strategische Frage, wie der Vereinszweck am besten umgesetzt werden kann, im Verein die Vereinsversammlung dazu befragt werden. Vereinsbeschlüsse vermögen das Vereinsinteresse zu beeinflussen und zu konkretisieren, so dass sich der Vorstand daran orientieren kann.<sup>1123</sup> Die Pflichten des Verwaltungsrates ergeben sich demgegenüber direkt aus dem Gesetz (Art. 716 ff. OR). Generalversammlungsbeschlüsse können nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen einen Einfluss auf das Gesellschaftsinteresse ausüben.<sup>1124</sup>

466 Die Vereinsmitglieder sind schliesslich aufgrund ihrer allgemeinen Treuepflicht dazu angehalten, so zu stimmen, wie es für den Vereinszweck förderlich ist. Demgegenüber obliegen einem Aktionär – abgesehen von der Zahlung des Einlagebetrags<sup>1125</sup> – keinerlei Pflichten. Das Vereinsrecht gibt somit für die Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft nichts her.

---

<sup>1117</sup> BSK ZGB I-HEINI/SCHERRER, vor Art. 60–79 N 20 m.w.H.

<sup>1118</sup> Urteil des BGer 5A\_691/2012 vom 17. Januar 2013 E 3.2.

<sup>1119</sup> PURTSCHERT, S. 32 f.

<sup>1120</sup> PURTSCHERT, S. 89.

<sup>1121</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 20 N 9.

<sup>1122</sup> Siehe hinten N 811.

<sup>1123</sup> Vgl. BK-RIEMER Vereinsrecht, Systematischer Teil, N 480.

<sup>1124</sup> Vgl. Art. 698 OR. Einflussnahme ist vor allem durch Statuten- und dabei insbesondere durch Zweckänderung möglich. Für den Verwaltungsrat ist indessen nicht der Generalversammlungsbeschluss an sich, sondern die Statutenänderung beachtlich.

<sup>1125</sup> Art. 680 Abs. 1 OR.

### c) Stiftungsinteresse?

Oberstes Organ der Stiftung ist der Stiftungsrat.<sup>1126</sup> Er ist mit der Oberleitung der Stiftung betraut und hat insbesondere das Stiftungsvermögen im Rahmen des Stifterwillens und der Zweckverfolgung zu verwalten.<sup>1127</sup> Den Stiftungsrat trifft dabei eine Treuepflicht, das heisst, er ist verpflichtet, die Interessen der Stiftung in guten Treuen zu wahren.<sup>1128</sup> Oberstes Gebot ist dabei die zweckmässige Vermögensverwendung.<sup>1129</sup> Der Stiftungsrat ist zur *optimalen Vermögensverwendung* verpflichtet,<sup>1130</sup> wobei er im Regelfall für Substanzerhaltung, für eine angemessene Rendite (als Investitionsstrategie für Investitionen), für ausreichende Liquidität und für eine ausgeglichene Risikoverteilung zu sorgen hat.<sup>1131</sup> Die Stiftung weist einige Ähnlichkeiten zur nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft auf. Bei beiden Rechtsformen soll zur Verfügung gestelltes Kapital bestmöglich für die Verfolgung eines nichtwirtschaftlichen Zwecks verwendet werden.<sup>1132</sup> Weiter stellt sich bei beiden die Frage, in welchem Umfang und mit welchem Aufwand der Förderzweck verfolgt werden darf. Auch bei der Stiftung geht es darum, das Vermögen eines anderen für einen von ihm einmalig bestimmten, nunmehr aber selbständig zu konkretisierenden Willen zu verwenden. Sowohl der Gesellschaftszweck als auch der Stifterwille sind unabhängig von den Aktionären bzw. den Stiftern zu verwirklichen. Das Vermögen wird in der Stiftung einem bestimmten Zweck gewidmet. In ähnlicher Weise sind bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft die unter Einsatz des Kapitals erwirtschafteten Mittel einem bestimmten Förderzweck verschrieben.<sup>1133</sup>

467

Dementsprechend eignet sich die stiftungsrechtliche *Pflicht zur optimalen Vermögensverwendung* für die Übertragung auf die Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck.

468

### d) Gesellschaftsinteresse bei modifizierter Gewinnstrebigkeit

Bei der modifizierten Gewinnstrebigkeit<sup>1134</sup> wird der wirtschaftliche Endzweck auf andere Weise als durch Dividendenausschüttung verfolgt. Die Gewinnstrebigkeit wird in diesen Fällen zugunsten der Konzernmutter gänzlich aufgehoben. BÖCKLI fordert von einer solchen Gesellschaft die *Aufrechterhaltung der Eigenwirtschaftlichkeit*, die sich aus der *Erhaltung der Solvabilität* und dem *Erwirtschaften einer Minimalrendite* ergibt.<sup>1135</sup> Das Gesellschaftsinteresse einer Gesellschaft mit modifizierter

469

<sup>1126</sup> BAUMANN/LORANT, S. 83. Vgl. auch Art. 89a Abs. 8 Ziff. 2 ZGB.

<sup>1127</sup> BSK ZGB I-GRÜNIGER, Art. 83 N 10.

<sup>1128</sup> BAUMANN LORANT, S. 309 f.

<sup>1129</sup> BAUMANN LORANT, S. 205. Vgl. auch Art. 84 Abs. 2 ZGB, wonach die Stiftungsaufsicht dafür zu sorgen hat, dass Stiftungsvermögen dem Stiftungszweck entsprechend verwendet wird.

<sup>1130</sup> BAUMANN LORANT, S. 202.

<sup>1131</sup> BGE 124 II 97 E. 2 S. 99; SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, S. 101; SPRECHER/VON SALIS, S. 91.

<sup>1132</sup> Wobei die Stiftung auch für «wirtschaftliche Zweck» eingesetzt werden kann. Vgl. BSK ZGB I-GRÜNIGER, Art. 80 N 17 ff. Der wirtschaftliche Zweck im Stiftungsrecht ist indessen vom wirtschaftlichen Endzweck der Aktiengesellschaft zu unterscheiden. Siehe hinten N 675.

<sup>1133</sup> Siehe zur Förderzweckwidmung bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft vorne N 545.

<sup>1134</sup> Siehe zur modifizierten Gewinnstrebigkeit vorne N 43, 411.

<sup>1135</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 17.

Gewinnstrebigkeit unterscheidet sich insofern vom gewöhnlichen Unternehmensinteresse. So kann unter Umständen die Unternehmenswertsteigerung auf der Stufe der Tochtergesellschaft weder beabsichtigt noch sinnvoll sein. Der wesentliche Unterschied zur nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft besteht jedoch darin, dass die Untergesellschaft nach wie vor wirtschaftliche Interessen der Muttergesellschaft verfolgt und mittelbar die Steigerung des Unternehmenswertes (und demnach auch des Gesamtkonzerns) bezweckt.<sup>1136</sup> Die Forderung nach *Erhaltung der Solvabilität* kann indessen auf das Gesellschaftsinteresse der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft übertragen werden. Denn ohne ausreichende Zahlungsfähigkeit kann auch die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nicht überleben und somit auch ihren nichtwirtschaftlichen Endzweck nicht erfüllen.

- 470 Die von BÖCKLI geäußerte Forderung nach einer *minimalen Eigenkapitalrendite* als Schutzvorkehrung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger lässt sich demgegenüber nicht mit Art. 620 Abs. 3 OR in Einklang bringen.<sup>1137</sup> Diese Forderung kann daher nur bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft erhoben werden.

#### e) Förderinteresse

- 471 Beinhaltet das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft ein nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten geführtes Unternehmen, lässt sich das Gesellschaftsinteresse in zwei Komponenten aufteilen. Zum einen hat die Gesellschaft ein wirtschaftliches Interesse am Funktionieren der Unternehmung als Wirtschaftskörper, zum anderen ist sie interessiert am eigentlichen Förderzweck.
- 472 Sofern sich die Gesellschaft eines Unternehmens bedient, das ausschliesslich gewinnorientiert operiert, ohne gleichzeitig den Förderzweck zu verfolgen, ist diesbezüglich keine Unterscheidung zum Unternehmensinteresse ersichtlich. Der Verwaltungsrat hat auf das langfristige Gedeihen des Unternehmens hinzuwirken, so dass der Wirtschaftskörper Überschuss erwirtschaften kann.
- 473 Eine vergleichbare generelle Pflicht zur langfristigen Steigerung des Unternehmenswerts kann es demgegenüber für die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nicht geben. Ihr Kapital dient nämlich «als Kapitalpumpe»<sup>1138</sup> der Förderung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks. Ergibt sich die Steigerung des Unternehmenswertes aber als Reflexwirkung der Fördertätigkeit, ist daran nichts Unzulässiges erkennbar. Der Aktienwert hat in der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck aber keine nennenswerte Bedeutung.<sup>1139</sup>

---

<sup>1136</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 313.

<sup>1137</sup> Auch aus der Unterlassung der Bildung von Reserven kann der Gesellschaftsgläubiger nichts für sich ableiten. Siehe dazu hinten N 584 ff.

<sup>1138</sup> Zur Funktion der Aktiengesellschaft als Kapitalpumpe der Unternehmung DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 68.

<sup>1139</sup> Das gilt zumindest aus der Perspektive der Gesellschaft. Aus der Perspektive der Aktionäre kann auch der Wert der Aktie einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft von Bedeutung sein, wenn die Aktien mit Gewinn weiterveräußert werden sollen. Siehe dazu hinten N 555 f.



Parallel hat der Verwaltungsrat das *Förderinteresse* zu verfolgen. Diesbezüglich ist zu fordern, dass der Verwaltungsrat die nichtwirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft bestmöglich wahrnimmt und die dafür vernünftigerweise verwendbaren Mittel möglichst effektiv einsetzt. Wie der Stiftungsrat der unternehmerisch tätigen Stiftung hat auch er für eine optimale Vermögensverwendung (Substanzerhaltung, angemessene Rendite bei Investitionen, ausreichende Liquidität und ausgeglichene Risikoverteilung) zu sorgen.<sup>1140</sup> Wird der Förderzweck direkt verfolgt, bspw. indem günstige Konditionen gewährt werden und dadurch die Erzielung eines betrieblichen Überschusses bewusst vereitelt wird, gibt das Unternehmensinteresse im Sinne des langfristigen Gedeihens der Unternehmung nichts her. In diesem Fall kann das Interesse nur darin bestehen, «zu überleben». In diesem Sinne ist der Erhalt der Zahlungsfähigkeit bzw. Solvabilität zu fordern (eine minimale Eigenkapitalrendite, wie sie bei Konzernuntergesellschaften gefordert wird, ist indessen nicht erforderlich). Daraus lässt sich freilich nicht ableiten, dass es dem Verwaltungsrat gestattet ist, bei der Verfolgung des Förderzwecks beliebig Verluste einzufahren. Verursacht er unter Missachtung seiner Interessenwahrungspflicht einen Schaden,<sup>1141</sup> so dass nach dem schädigenden Ereignis weniger Mittel zur Förderzweckverfolgung zur Verfügung stehen als bei pflichtgemäßem Handeln, haftet er nach Art. 754 OR. Der Verwaltungsrat darf also nur dort auf Gewinnerzielung verzichten, wo er auf diesem Weg den Förderzweck optimal verfolgen kann.

474

Werden die Mittel, die der Förderzweckverfolgung dienen, durch ein eigenes, nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten geführtes Unternehmen beschafft, gilt diesbezüglich das Unternehmensinteresse. Nur wenn das Unternehmen nachhaltig und langfristig gedeiht, können die zur Förderzweckverfolgung benötigten Mittel in optimaler Weise beigebracht werden. Gleichzeitig kann der Förderzweck nur so lange verfolgt werden, als der Unternehmenskörper mindestens selbsttragend ist. Fährt er hingegen regelmäßig Verluste ein, so dass sein Weiterbestand gefährdet erscheint, können Gesellschaftsmittel nicht ohne Weiteres für die Förderzweckverfolgung ausgegeben werden. Erst wenn die Existenzgefährdung beseitigt ist, ist es gerechtfertigt, Gesellschaftsmittel für den Förderzweck abzuschöpfen. Ebenso dürfen generell betriebsnotwendige Mittel des Unternehmenskörpers nicht zur Förderzweckverfolgung verbraucht werden. Vielmehr kann der nichtwirtschaftliche Endzweck nur dann verfolgt werden, wenn das Unternehmen gesund ist und Mittel generiert. Es ist mithin auch vom Förderziel geboten, in einer finanziellen Schieflage auf die Förderzweckverfolgung zugunsten der Sanierung des Unternehmenskörpers zu verzichten.

475

Das Gesellschaftsinteresse der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft beinhaltet demnach zum einen das Unternehmensinteresse ohne Unternehmenswertsteigerung und zum anderen das Interesse, möglichst viele Mittel möglichst sinnvoll dem Förderzweck zukommen zu lassen. Als Pendant zum Unternehmensinteresse der wirtschaftlichen Aktiengesellschaften wird das Gesellschaftsinteresse der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft in der vorliegenden Arbeit als *Förderinteresse* bezeichnet und wie folgt definiert:

476

<sup>1140</sup> Siehe soeben N 467.

<sup>1141</sup> Siehe zum Schadensbegriff Urteil des BGer 4A\_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.1.

*Das Gesellschaftsinteresse der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ist die bestmögliche sowie langfristige und nachhaltige Förderzweckverfolgung.*

- 477 Die Bestandteile der *Langfristigkeit* und der *Nachhaltigkeit* zielen auf den Zeithorizont ab und sind gleich zu verstehen wie beim *Unternehmensinteresse*. Die *Förderzweckverfolgung* beinhaltet die Präzisierung des ideellen, nichtwirtschaftlichen Endzwecks und konkretisiert den Auftrag an den Verwaltungsrat, *was* gefördert werden soll. Die Anforderung *bestmöglich* schliesslich beschreibt die *Art und Weise*, wie der Förderzweck durch die Unternehmensführung zu verfolgen ist. Dabei sollen die für den Betrieb des Unternehmens zur Verfügung stehenden Mittel so eingesetzt werden, dass die Substanz erhalten bleibt, ausreichende Liquidität zur Verfügung steht und eine ausgeglichene bzw. angemessene Risikoverteilung gewährleistet ist.<sup>1142</sup> Eine eigentliche Pflicht zur Steigerung des Unternehmenswerts gibt es bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck jedoch nicht. Gerät die Gesellschaft in finanzielle Schieflage, hat die Förderzweckverfolgung so lange in den Hintergrund zu treten, bis der Wirtschaftskörper der Gesellschaft stabilisiert ist.
- 478 Werden die Mittel, die zur Förderzweckverfolgung bestimmt sind, nicht durch ein nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten geführtes Unternehmen beschafft, sondern von Dritten gegenleistungslos erhoben (Spenden), entfällt die Komponente des Unternehmensinteresses. Der Begriff des Förderinteresses deckt das Gesellschaftsinteresse einer derartigen Aktiengesellschaft dennoch ab. Anstatt die benötigten Mittel bestmöglich durch unternehmerische Tätigkeit zu generieren, sind sie hier bestmöglich durch die «Spendeneinnahmetätigkeit» zu beschaffen.

## **2. Verfolgung rein sportlicher Ziele beim nichtwirtschaftlichen Endzweck**

- 479 Die Ausführungen in Kapitel 2 haben gezeigt, dass die ideelle Natur des Sports in der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu einem Spannungsverhältnis und zu Einschränkungen bei der Verfolgung von sportlichen Zielen führen kann.<sup>1143</sup> Der Verwaltungsrat muss sich bei jeder Disposition fragen, ob eine sportlich motivierte Investition im Unternehmensinteresse liegt.<sup>1144</sup>
- 480 Bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ist die Fragestellung eine andere. Es ist einerseits zu fragen, ob das Unternehmen einen Überschuss erwirtschaften soll oder nicht, und andererseits danach, welche Ausgabestrategie dem Förderzweck – unter den Gesichtspunkten der Langfristigkeit und Nachhaltigkeit – bestmöglich dient. Der nichtwirtschaftliche Endzweck bedeutet indessen nicht, dass der Verwaltungsrat die Förderziele grundsätzlich ohne Kosten-Nutzen-Analyse zu verfolgen hätte. Der Unterschied ist darin zu erblicken, dass als Ergebnis der Kosten-Nutzen-Analyse nicht ein möglichst hoher Gewinn, sondern die bestmögliche Förderzweckverfolgung resultiert (*Kosten-Fördernutzen-Analyse*).<sup>1145</sup>

---

<sup>1142</sup> Im Sinne der *optimalen Mittelverwendung* siehe vorne N 467, 474.

<sup>1143</sup> Siehe dazu vorne N 204 ff.

<sup>1144</sup> Siehe dazu vorne N 165.

<sup>1145</sup> Siehe zum Begriff *Kosten-Fördernutzen-Analyse* sogleich N 486.

### a) Sport als Zweck der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft

Im Gegensatz zur Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck, bei der Sport «als Mittel zum Zweck» in Erscheinung tritt,<sup>1146</sup> ist bei der Sportaktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck Sport der «Selbstzweck» und das Betreiben eines Unternehmens das Mittel. Insofern hat die Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck grosse Ähnlichkeit mit dem Sportklub, der als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB organisiert ist. Dies erstaunt keineswegs, wenn man bedenkt, dass Sportaktiengesellschaften durchwegs aus Vereinen entstanden sind.<sup>1147</sup>

Da der Begriff Sport weit gespannt ist, kommen als Zielausrichtung eines Sportklubs auch viele verschiedene sportliche Ziele in Frage. Bei der Formulierung des konkreten Förderzwecks kann sich die Sportaktiengesellschaft zudem auf bestimmte sportliche Ziele konzentrieren und andere ausschliessen. Die nachfolgenden Ausführungen zielen auf eine Sportaktiengesellschaft ab, die den «Betrieb einer Professional-Mannschaft»<sup>1148</sup> ohne wirtschaftlichen Endzweck als Zweckausrichtung vorsieht. Nimmt eine Aktiengesellschaft mit einer Sportmannschaft an einer Meisterschaft teil, ohne die Absicht, durch Vermarktung der Sportanlässe vermögensrechtliche Vorteile für die Aktionäre zu realisieren, reduziert sich die Zielsetzung auf nichtwirtschaftliche, sportliche Ziele. Für den Mannschaftssport stehen wettkampfbezogene Ziele im Vordergrund und damit das Ziel, im sportlichen Wettkampf möglichst erfolgreich abzuschneiden. Sportliche Ziele werden dann erreicht, wenn der Klub sportliche Erfolge feiert.<sup>1149</sup>

Daneben kommen auch nicht wettkampfbezogenen Ziele in Frage, bspw. Bemühungen, den Sport zu fördern und junge Spieler gut auszubilden. Derartige nichtmonetäre Ergebnisse der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft sind das Pendant zur Rendite der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft. An solchen – zugegebenermassen ungleich schwieriger zu messenden – Faktoren bemisst sich der Erfolg bzw. der Leistungsausweis der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft. Davon zu unterscheiden ist das betriebliche Ergebnis, welches auch in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft in der Erfolgsrechnung einen Gewinn, einen Verlust oder eine schwarze Null ausweisen wird. Solange die Gesellschaft insgesamt aufrecht steht und keine existenziellen Bedrohungen zu gewärtigen hat, ist das Betriebsergebnis der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft gegenüber dem «Fördererfolg» indessen zweitrangig.

### b) *Spending power* und Siegmaximierung

Das Zusammenspiel zwischen rein unternehmerischer Tätigkeit und Fördertätigkeit lässt sich anhand der sog. Siegmaximierung infolge Steigerung der «*spending power*» veranschaulichen. Die Sportaktiengesellschaft wird versuchen, mit ihren unternehmerischen Sparten<sup>1150</sup> möglichst erfolgreich zu wirtschaften, und dabei nach marktorientierten Grundsätzen operieren. Anstatt den Gewinn zu realisieren,

<sup>1146</sup> Siehe zu *Sport als Mittel zum Zweck* vorne N 159 f.

<sup>1147</sup> Vgl. zur entstehungszeitlichen Einbettung vorne N 98 f.

<sup>1148</sup> Vgl. dazu Zweckartikel der Sportaktiengesellschaften im Anhang N 946 ff.

<sup>1149</sup> Siehe zum Begriff *sportlicher Erfolg* vorne N 161 ff.

<sup>1150</sup> Bspw. Marketing, Merchandising, Gastronomie, Eventmanagement etc.

wird dieser «vorausseilend» bereits wieder ausgegeben, so dass im Endergebnis – wie bei der nicht gewinnorientiert agierenden Gesellschaft – kein Überschuss resultiert.

485 Es darf als gesichert gelten, dass viele Sportklubs vor allem an der Siegmaximierung statt an der Gewinn- bzw. Profitmaximierung interessiert sind.<sup>1151</sup> Das tatsächliche Ziel der Entscheidungsträger besteht dann darin, durch das Vehikel einer Aktiengesellschaft möglichst viel Kapital verfügbar zu machen, welches möglichst vollumfänglich in den Sport und somit hauptsächlich in die Finanzierung von Spielern fließen soll.<sup>1152</sup> Ob eine Sportaktiengesellschaft wirtschaftlich erfolgreich arbeitet, wird in diesem Fall anhand ihrer sogenannten «*spending power*» beurteilt.<sup>1153</sup> Die «*spending power*» kann für das Unternehmen, also den Wirtschaftskörper, von Sportaktiengesellschaften als Massstab der Leistungsmessung dienen. Gemeint ist die Ertragsmaximierung bei der Vermarktung des Produkts Sport. Die «*spending power*» gibt demnach Aufschluss darüber, wie erfolgreich auf rein unternehmerischer Stufe gearbeitet wurde, wohingegen die «*Kosten-Fördernutzen-Analyse*» eine Aussage über die Effizienz und Wirkung der Fördertätigkeit ermöglichen soll.

### 3. Verfolgung wettkampfbezogener sportlicher Ziele

486 Besteht der Förderzweck in der Verfolgung von sportlichen Zielen, beurteilt sich nur nach sportlichen und nicht nach ökonomischen Kriterien, ob konkrete Dispositionen vom Gesellschaftsinteresse gedeckt sind. Massgeblich ist nicht mehr die Kosten-Nutzen-Analyse, sondern eine «Förderzweckanalyse» bzw. eine positive «*Kosten-Fördernutzen-Analyse*».<sup>1154</sup> Es ist folglich danach zu fragen, ob der Förderzweck durch eine konkrete Disposition sinnvoll verfolgt wird.

487 In Kapitel 2 wurde gezeigt, dass wirtschaftliche gegenüber sportlichen Zielen häufig einen Vorrang geniessen, insbesondere beim freiwilligen Abstieg, bei der Teilnahme an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettbewerben sowie bei der Freigabe von Spielern und bei der Verpflichtung von «über-  
teuerten Spielern». Es stellt sich die Frage, ob der nichtwirtschaftliche, sportliche Endzweck diese Dispositionen zulässt.

#### a) Freiwilliger Abstieg

488 Die Relegation stellt aus sportlicher Perspektive eine Rückstufung dar, die zum Grundgedanken des Spitzensports (immer bessere Leistungen zu erbringen) im klaren Widerspruch steht.<sup>1155</sup> Aus sportlicher Sicht ist der Abstieg in eine tiefere Liga somit als Misserfolg und sportliche Zielverfehlung zu werten. Selbst wenn der Verwaltungsrat einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zur Erkenntnis gelangt,

---

<sup>1151</sup> HÄUPTLI, S. 167. Vgl. auch HORCH/SCHUBERT/WALZEL, S. 85.

<sup>1152</sup> HÄUPTLI, S. 167.

<sup>1153</sup> FRANCK, Governance Structures, S. 110.

<sup>1154</sup> In Bezug auf die betriebswirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist die «*spending power*» zu analysieren. Vgl. dazu SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, S. 81 betreffend die Aufgabe des Stiftungsrats, seine Förderaktivität zu überprüfen und zu messen und sich dafür einer geeigneten Methodik zu bedienen.

<sup>1155</sup> KAISER, S. 33.

dass die Teilnahme in der tieferen Liga die Rentabilität nachhaltig steigern kann, darf er den freiwilligen Abstieg grundsätzlich nicht beschliessen. Ausnahmsweise muss er es dennoch tun, und zwar dann, wenn das Verbleiben in der höheren Liga zu existenzgefährdendem Substanzverlust führen würde oder die Liquidität nicht länger gewährleistet werden könnte. Falls der statutarische Zweck jedoch ausdrücklich das «Betreiben» einer Mannschaft in der *obersten* Spielklasse beinhaltet, wäre für den freiwilligen Abstieg zuerst eine Statutenänderung erforderlich.<sup>1156</sup>

## **b) Teilnahme an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettkämpfen**

Vorbehältlich einer ausdrücklich anderslautenden statutarischen Regelung gehört es zur Bestimmung einer Mannschaft, an sportlichen Wettkämpfen teilzunehmen und sich mit anderen Mannschaften zu messen. Neben den Wettkämpfen des nationalen Verbands gibt es auch internationale Turniere und Meisterschaften, die von hohem sportlichem Wert sind.<sup>1157</sup> Eine Teilnahme an einem solchen Turnier ist unabhängig von einer positiven Kosten-Nutzen-Analyse mit dem Leistungssportgedanken kompatibel. Der sportliche Zweck als nichtwirtschaftlicher Endzweck kann durch die Teilnahme an anderen als den verbandsrechtlich vorgeschriebenen Wettkämpfen grundsätzlich gefördert werden. Einschränkungen können sich ausnahmsweise ergeben, wenn die Existenz der Aktiengesellschaft auf dem Spiel steht oder wenn rein sportliche Gründe dagegen sprechen.<sup>1158</sup>

489

## **c) Freigabe von Spielern**

Die Überlegungen zur Teilnahme an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettkämpfen gilt sinngemäss auch für die Freigabe von Spielern im Hinblick auf die Teilnahme an Wettkämpfen mit der Nationalmannschaft oder an sportlich wertvollen Turnieren mit anderen Mannschaften. Es entspricht einem allgemeinen Bedürfnis des Sports und kann häufig auch für den jeweiligen Athleten einen Meilenstein in seiner Karriere bedeuten, an solchen Wettkämpfen teilzunehmen. Aus sportlicher Sicht ist die Teilnahme klubeigener Spieler an sportlich bedeutsamen Turnieren (bspw. die Teilnahme eines jungen Spielers an einer Juniorenweltmeisterschaft) zu begrüssen. Werden Spieler aus dem eigenen Nachwuchs für die Juniorennationalmannschaft aufgeboten, stellt dies sogar einen Leistungsausweis darüber dar, dass in der Nachwuchsförderung gut gearbeitet wird. Im Professional-Bereich können der Freigabe eines Spielers neben wirtschaftlichen Gründen auch sportliche Überlegungen entgegenstehen. Es ist demnach für den Einzelfall zu prüfen, ob eine Freigabe dem Förderinteresse der Sportaktiengesellschaft entspricht. Für den praktisch bedeutsamsten Bereich, die Nationalmannschaft, wird die Freigabe durch eine verbandsrechtliche Freigabepflicht sichergestellt.<sup>1159</sup>

490

<sup>1156</sup> Zurzeit verfügt keine der Schweizer Sportaktiengesellschaften über eine solche Präzisierung.

<sup>1157</sup> Siehe dazu vorne N 215.

<sup>1158</sup> Siehe vorne N 471 ff. So bspw., wenn sich eine Sportaktiengesellschaft in finanzieller Schieflage befindet, die Entscheidungsträger aber die Teilnahme an einem kostenaufwändigen Vorbereitungsturnier im Ausland beschliessen.

<sup>1159</sup> Siehe vorne N 217.

#### d) Überteuerte Spieler

- 491 Aus sportlicher Sicht hat ein Klub das Interesse, die besten Spieler zu verpflichten, die er auf dem Transfermarkt erhältlich machen kann. Aus dem Blickwinkel des Unternehmensinteresses und somit aus rein ökonomischen Gesichtspunkten kann die Verpflichtung eines «überteuerten Spielers» schädlich sein. Aus rein sportlicher Perspektive hingegen kann die Geschäftsführung alle zur Verfügung stehenden Mittel – im Sinne der «*spending power*»<sup>1160</sup> – für die Verpflichtung von Spielern aufwenden, solange dies die Mannschaft stärkt. Auch wenn ein Spieler gemessen an den anfallenden Kosten zu wenig sportlichen Nutzen erbringt, kann er die Mannschaft dennoch sportlich stärken. In diesem Sinne ist eben auch die «Meisterstrategie» unter dem nichtwirtschaftlichen Endzweck zulässig. Die Grenzen sind dort zu ziehen, wo der «überteuerte Spieler» nicht mehr finanzierbar ist.<sup>1161</sup>

#### e) Zwischenergebnis

- 492 Der nichtwirtschaftliche Endzweck erlaubt es dem Verwaltungsrat, auf den freiwilligen Abstieg zu verzichten, an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettbewerben teilzunehmen sowie «überteuerte Spieler» zu verpflichten, sofern sie sportlich einen Mehrwert bedeuten. Ob der Förderzweck die Freigabe eines Spielers für einen bestimmten Wettkampf rechtfertigt, ist für den konkreten Einzelfall zu prüfen. Durch Präzisierung bzw. Programmierung des Förderzwecks im Zweckartikel kann zusätzlich Einfluss auf konkrete sportliche Ziele genommen werden.
- 493 Die Praxisprobleme aus Kapitel 2 leben indessen dann wieder auf, wenn der Vorrang des nichtwirtschaftlichen Endzwecks dem Interesse des Unternehmens am eigenen Fortbestand weichen muss. Dies ist dann der Fall, wenn Substanz und Solvabilität ernsthaft gefährdet sind.

### 4. Verfolgung nicht wettkampfbezogener sportlicher Ziele

#### a) Nachwuchsförderung

- 494 Die Nachwuchsförderung einer Sportaktiengesellschaft kann sowohl einen wirtschaftlichen als auch einen nichtwirtschaftlichen Hintergrund haben.<sup>1162</sup> In der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist nichtwirtschaftlich motivierte Nachwuchsförderung grundsätzlich unzulässig.<sup>1163</sup> Ist die Nachwuchsförderung Teil der Zweckausrichtung, so stellt diese nicht mehr *Mittel zum Zweck* dar, sondern kann selbstständig – allerdings unter optimaler Mittelverwendung – wahrgenommen werden. Einschränkungen

---

<sup>1160</sup> Siehe vorne N 484.

<sup>1161</sup> Im Eishockey kann diese Überlegung mit folgendem Beispiel illustriert werden: Die individuelle Qualität der NHL-Spieler, die während des Lock-outs in den Schweizer Hockeystadion zu bewundern sind, lässt das Herz jedes Eishockey-Fans schneller schlagen und macht die Eishockeyligen um einiges attraktiver. Die Gunst der Stunde in der Lock-out-Situation zu nutzen und die besten Spieler auf Schweizer Eis zu bringen, ist sportlich von hohem Wert und lässt sich als legitimes sportliches Ziel qualifizieren.

<sup>1162</sup> Siehe dazu vorne N 222 ff.

<sup>1163</sup> Zulässig ist die Begünstigung dann, wenn ihr Werbecharakter zukommt oder sie anderweitig zur Reputationssteigerung der Gesellschaft beiträgt. Siehe dazu vorne N 272 ff.

können sich ergeben, falls sich der nichtwirtschaftliche Förderzweck ausdrücklich auf eine bestimmte Nachwuchsorganisation, wie den Stammverein, bezieht.

Für den Verwaltungsrat bedeutet das, dass sich nicht nach wirtschaftlichen Überlegungen bemißt, ob und in welchem Mass Nachwuchsförderung betrieben wird. Vielmehr ist Nachwuchsförderung generell geboten. Diese Förderzweckverfolgung muss indessen ihrerseits an einer Kosten-Fördernutzen-Analyse ausgerichtet sein. Der Verwaltungsrat kann bei der Vertragsgestaltung dem eigenen Nachwuchsverein Konditionen zugestehen, die nach marktorientierten Gesichtspunkten nicht vertretbar wären, sofern dadurch der Nachwuchs tatsächlich gefördert wird. Diffiziler ist die Sachlage dann, wenn es sich beim Stammklub seinerseits um eine Aktiengesellschaft handelt.<sup>1164</sup>

495

## b) Freude am Sport und soziokulturelle Ziele

Die Verfolgung von Zielen, die weder eine Steigerung der sportlichen Erfolgsaussichten noch einen ökonomischen Mehrwert bewirken, sondern lediglich Ausdruck der «Freude am Sport»<sup>1165</sup> sind, können in der nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft, sofern es mit der Förderzweckformulierung vereinbar ist, ohne Weiteres verfolgt werden.<sup>1166</sup> Dasselbe gilt für soziokulturelle Ziele, namentlich solche mit sozialer und erzieherischer Funktion.<sup>1167</sup> Auch hier sollen die Mittel bestmöglich und mit Blick auf eine langfristige Wirkung verwendet werden.

496

## 5. Praxisprobleme in Bezug auf die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats

Vorweg ist in Erinnerung zu rufen, dass die hier vorgeschlagene Rechtsform der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck das Problem des schlechten wirtschaftlichen Umfelds bzw. der strukturellen Defizite in der schweizerischen Mannschaftssportlandschaft nicht beheben kann.<sup>1168</sup> Der Fokus ist im folgenden Abschnitt darauf gerichtet, ob sich die Kapitel 2 beschriebenen Problemfelder im Hinblick auf die Finanzverantwortung unter einem nichtwirtschaftlichen Endzweck entschärfen lassen.

497

### a) Umgang mit strukturellem Defizit in der Finanzplanung

Die Finanzverantwortung verlangt vom Verwaltungsrat, Massnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, eine defizitäre Aktiengesellschaft in einen gesunden Zustand zu führen. Insbesondere ist das Beibehalten

498

<sup>1164</sup> Siehe dazu hinten N 915.

<sup>1165</sup> Siehe dazu vorne N 229, 230 f.

<sup>1166</sup> Eine solche Spezifikation eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks könnte wie folgt lauten: «diffuser dans le public une image positive du hockey sur glace», entnommen aus dem Zweckartikel der HC Fribourg-Gottéron S.A., siehe im Anhang hinten N 969.

<sup>1167</sup> Als soziokulturelles Ziel könnte folgende, aus dem Zweckartikel der HC Fribourg-Gottéron S.A. entnommene Passage qualifiziert werden: «favoriser dans la pratique du hockey des comportements et des attitudes de faire-play, entretenir entre les équipes, les hockeyeurs de tous niveaux, les supporters et le public des relations de sympathie, d'amitié et de camaraderie».

<sup>1168</sup> Siehe zur Wirtschaftlichkeit der schweizerischen Sportklubs vorne N 114 ff.

eines konstant defizitären Geschäftsmodells in der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck nicht zulässig.<sup>1169</sup>

- 499 Bei einer Sportaktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ist der Sport nicht das *Mittel zum Zweck*, sondern der *Selbstzweck*, und das Führen eines Unternehmens ist das Mittel dazu.<sup>1170</sup> Damit aber der sportliche Endzweck überhaupt verfolgt werden kann, ist es unabdingbar, dass die Sportaktiengesellschaft fortbesteht. Genauso wie bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist auch bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck eine sorgfältige Finanzplanung, die eine ausreichende Liquidität sicherstellt, unerlässlich. Der Pflichtenkatalog gemäss Art. 716a OR gilt unabhängig davon, welchen Endzweck die Aktiengesellschaft verfolgt.<sup>1171</sup> Auch der Verwaltungsrat der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist uneingeschränkt verpflichtet, das Unternehmen zu erhalten.
- 500 Eine *gewinnorientierte* Finanzplanung ist für die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft in der Gesamtbetrachtung indessen nicht zwingend notwendig. Bei Geschäftsbereichen, die in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Förderzweckverfolgung stehen,<sup>1172</sup> besteht das primäre Interesse jedoch zweifellos darin, Profite zu erwirtschaften. Für diese Bereiche gilt mithin das Gebot der Gewinnorientierung. Das ergibt sich aus dem Begriff des Förderinteresses, welcher erfordert, dass der Unternehmenskörper ausserhalb der Fördertätigkeit möglichst viele Mittel erwirtschaftet. Die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft kann aber auch ausserhalb der eigentlichen unternehmerischen Tätigkeit Einnahmen generieren, so wie es bei Spenden bzw. Gönnerbeiträgen der Fall ist. Da solche Zuwendungen auf ideeller Motivation beruhen, sind sie in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft – anders als bei einem wirtschaftlichen Endzweck – durchaus realistisch. Bei der Finanzplanung der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft dürfen demnach auch ökonomisch nicht gerechtfertigte Einnahmen berücksichtigt werden. Eine gemeinnützige Aktiengesellschaft, die eine Obdachlosenherberge betreibt und deren Haupteinnahmen aus Spendengeldern bestehen, wird aus unternehmerischer Perspektive ein strukturelles Defizit aufweisen. Die Pflicht des Verwaltungsrates kann jedoch nicht darin bestehen, die Obdachlosenherberge «kostentragend» zu betreiben. Vielmehr hat er den Finanzhaushalt so planen, dass Schwankungen bei den Spendeneinnahmen die Gesellschaft nicht in ihrer Existenz gefährden.
- 501 Dem Verwaltungsrat ist es demnach bei der Planung der Finanzierung gestattet, unternehmensexterne Einnahmen zu berücksichtigen. Auch er darf jedoch keine Projekte anstreben, deren Finanzierung schlechterdings unrealistisch ist, so dass sich damit zusammenhängende Aufwendungen als nutzlos erweisen. Im Rahmen seiner Pflicht zur optimalen Vermögensverwendung hat er sorgfältig mit den zur Förderzweckverfolgung bereitstehenden Mittel umzugehen.<sup>1173</sup>

---

<sup>1169</sup> Siehe dazu vorne N 243.

<sup>1170</sup> Siehe vorne N 159 f.

<sup>1171</sup> Siehe zur Finanzverantwortung vorne N 235 ff.

<sup>1172</sup> So ist bspw. das Betreiben eines Stadionrestaurants oder eines Museums-Shops – unabhängig von anderen gesellschaftsinternen, ideellen Zielen – darauf ausgerichtet, einen betrieblichen Überschuss zu erwirtschaften.

<sup>1173</sup> Siehe dazu vorne N 471 ff.



Ein konstant defizitäres Geschäftsmodell ist somit bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck unter bestimmten Umständen als zulässig zu qualifizieren.<sup>1174</sup> 502

## b) Umgang mit Gönnerbeiträgen

Für die wirtschaftliche Sportaktiengesellschaft ist der Umgang mit Gönnerbeiträgen problematisch. Da es sich bei Gönnerbeiträgen um Leistungen handelt, denen kein ökonomischer Gegenwert gegenübersteht, darf der Verwaltungsrat der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft nicht davon ausgehen, es handle sich bei Gönnerbeiträgen um regelmässige, geschäftsbedingte Einkünfte, die ohne Weiteres eingenommen werden können. Sobald sich die Finanzen entspannen oder gar Gewinn erzielt würde, darf nicht mehr damit gerechnet werden, dass regelmässige Gönnerbeiträge weiterhin realisierbar sind. Vor diesem Hintergrund trifft den Verwaltungsrat einer wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft die Pflicht zur Reduktion von Gönnerbeiträgen.<sup>1175</sup> 503

Aus ökonomischer Betrachtungsweise ergeben Gönnerbeiträge keinen Sinn, sondern beruhen ausschliesslich auf nichtwirtschaftlichen Motiven. Wird ein Gönnerbeitrag geleistet, ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass dies mit nichtwirtschaftlichen, ideellen Absichten geschieht. Anders als bei der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck kann ein Gönnerbeitrag bei der nichtwirtschaftlich ausgerichteten Aktiengesellschaft weder direkt noch indirekt den Aktionären zufließen.<sup>1176</sup> Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass die Bereitschaft der Gönner, regelmässig wiederkehrende Beiträge zu leisten, nicht oder nicht nur von der finanziellen Lage der Gesellschaft, sondern vielmehr von der unterstützungswürdigen sportlichen Zweckbestimmung abhängt und dass deshalb auch in Zukunft regelmässig solche Beiträge zu erwarten sind. Dadurch ist auch eine Berücksichtigung dieser Einnahmen im Rahmen des *Going Concern* weniger problematisch.<sup>1177</sup> Allerdings gilt es künftige Gönnerbeiträge sorgfältig und realitätsnah einzuschätzen. Eine Pflicht zur Reduktion von Gönnerbeiträgen gibt es aber bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft nicht. 504

## c) Umgang mit Klumpenrisiko

Die Ausführungen zum Klumpenrisiko bei der Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck haben ergeben, dass eine unzulässige Risikokonzentration dann erreicht ist, wenn die finanzielle 505

<sup>1174</sup> Ein konstant defizitäres Geschäftsmodell ist auch bei indirekter Förderzweckverfolgung unzulässig. Denn erwirtschaftet der Unternehmenskörper konstant keinen Überschuss, versiegt die Quelle, die den nichtwirtschaftlichen Endzweck speisen sollte. Verfolgt die Aktiengesellschaft hingegen den Förderzweck direkt, vermischt sich profitorientiertes mit förderzweckorientiertem Handeln.

<sup>1175</sup> Siehe dazu vorne N 251.

<sup>1176</sup> Selbst bei Verkauf oder Liquidation der Gesellschaft darf für die Aktionäre kein Gewinn resultieren und auch die Wiederaufnahme eines wirtschaftlichen Endzwecks ist ausgeschlossen. Siehe sogleich N 515 ff., 518 ff.

<sup>1177</sup> Siehe zum *Going Concern* vorne N 246.

Abhängigkeit von einem Mäzen ein derartiges Ausmass annimmt, dass bei dessen Ausstieg die Sportaktiengesellschaft finanziell nicht in der Lage wäre, zumindest eine weitere Saison zu überstehen.<sup>1178</sup>

- 506 Die Förderzweckverfolgung ist nur dann optimal, wenn das Risikoprofil ausgewogen gestaltet wird. Zwar ist das Vertrauen auf unternehmensfremde Erträge – konkret auf Gönnerbeiträge – und deren Berücksichtigung in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft gerechtfertigt, doch findet auch diese Berücksichtigung ihre Grenzen, wenn eine nicht mehr vertretbare Risikokonzentration entsteht.
- 507 Eine unterschiedliche Betrachtung des Klumpenrisikos bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck drängt sich auch deshalb nicht auf, weil es in diesem Zusammenhang nicht auf die Bonität des Schuldners ankommen darf.<sup>1179</sup> Es kann somit weder darauf ankommen, ob der Mäzen zahlen *kann*, noch darauf, ob er mittel- oder langfristig zahlen *will*. Diese Schlussfolgerung ist auch deshalb überzeugend, weil die Unzulässigkeit des übermässigen Klumpenrisikos die Gesellschaft (und ihre Gläubiger) schützen will. Auch die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft muss *unabhängig* von nahestehenden natürlichen oder juristischen Personen weiterexistieren können. Die *Abhängigkeit* ist in diesem Sinne dort zu begrenzen, wo die Existenz der Gesellschaft mit der Unterstützung durch die aussenstehende Person steht und fällt. Zusammenfassend ergibt sich in Bezug auf Klumpenrisiken kein Unterschied zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Endzweck.

## 6. Strafrechtliche Aspekte

- 508 Die Verfolgung von rein sportlichen Zielen steht im Widerspruch zum Unternehmensinteresse und kann demnach zu einer Strafbarkeit des Verwaltungsrats nach Art. 158 StGB führen.<sup>1180</sup> Verlangt der Förderzweck die Verfolgung von rein sportlichen Zielen, ist dieses Risiko grundsätzlich beseitigt. Art. 717 Abs. 1 OR, der in vorliegendem Kontext für das strafrechtlich relevante Grundverhältnis einschlägig ist, legitimiert den Verwaltungsrat zur Verfolgung des Förderzwecks. Lediglich wenn die Gesellschaft in ihrer Existenz gefährdet wird, haben die rein sportlichen Interessen hinter die unternehmerischen zurückzutreten.
- 509 Ebenso besteht bei Offenlegung des faktisch verfolgten nichtwirtschaftlichen Endzwecks keine Gefahr mehr, gegen Art. 152 StGB (unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden) und Art. 153 StGB (unwahre Angaben über kaufmännisches Gewerbe) zu verstossen, da die an die Öffentlichkeit gerichteten Informationen den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen.
- 510 Insgesamt lässt sich bei Übereinstimmung des faktischen und des rechtlichen Endzwecks das strafrechtliche Risiko des Verwaltungsrats beseitigen oder immerhin reduzieren.

---

<sup>1178</sup> Siehe vorne N 264.

<sup>1179</sup> Eine unbedenkliche Bonitätslage des Mäzens entbindet demnach nicht von der Pflicht, Risikokonzentrationen zu vermeiden. Umgekehrt ist jedoch die Bonität des Mäzens laufend zu prüfen; bei einer Verschlechterung hat der Verwaltungsrat frühzeitig einzugreifen.

<sup>1180</sup> Siehe vorne N 278 ff.

## 7. Ergebnis und Würdigung

Sportliche Ziele sind der Selbstzweck der nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft. Das Gesellschaftsinteresse besteht in der bestmöglichen, langfristigen Förderzweckverfolgung (Förderinteresse). Eine eigenständige Pflicht zur Steigerung des Unternehmenswerts besteht dabei nicht.<sup>1181</sup> Die in der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft unzulässigen sportlichen Ziele können in der nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft bei entsprechender Förderzweckformulierung grundsätzlich verfolgt werden.<sup>1182</sup> Auch verletzt der Verwaltungsrat seine aktive Interessenwahrungspflicht nicht generell, wenn er eine strukturell defizitäre Finanzplanung verfolgt und Gönnerbeiträge als gewöhnliche Erträge behandelt. Schliesslich können auch strafrechtlichen Risiken beseitigt oder zumindest weitgehend reduziert werden.<sup>1183</sup> Einzig übermässige Klumpenrisiken bleiben in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ebenso unzulässig wie in der wirtschaftlichen.<sup>1184</sup>

511

Aus Sicht des Verwaltungsrats einer Sportaktiengesellschaft, die faktisch rein sportliche Ziele verfolgt, stellt die Aufnahme eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks eine erhebliche Entschärfung des Spannungsverhältnisses zwischen sportlichen und wirtschaftlichen Zielen dar. Denn nun verlangt das Gesellschaftsinteresse, dass sportliche gegenüber wirtschaftlichen Zielen bei der Geschäftsführung Priorität geniessen. Die Auswirkung im operativen Geschäft ist indessen gering. Bei all jenen Geschäftsbereichen, die auf die Vermarktung oder anderweitig darauf ausgerichtet sind, unternehmerische Überschüsse zu erwirtschaften, besteht kein Unterschied zum Unternehmensinteresse. Sowohl die endzweckwidrig agierende wirtschaftliche Sportaktiengesellschaft als auch die nichtwirtschaftliche Sportaktiengesellschaft versuchen nämlich, ihre «*spending power*» zu maximieren.<sup>1185</sup> Im Hinblick auf sportlich motivierte Ausgaben ergibt sich aber eine – für Haftungsfragen relevante – Verschiebung vom «Kosten-Nutzen-Denken» hin zum «Kosten-Fördernutzen-Denken».

512

## III. Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für die Aktionäre

### Vorbemerkung

Die Ausführungen in Kapitel 2 haben gezeigt, dass bei endzweckwidrigem Verfolgen von sportlichen Zielen der Anspruch aus Art. 660 Abs. 1 OR verletzt wird.<sup>1186</sup> Durch die Aufnahme eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks verändert sich auch die Rechtsstellung der Aktionäre.

513

Im folgenden Teil der Arbeit ist zunächst zu prüfen, inwiefern die Aktionäre einer Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck Ausschüttungen bzw. Kapital zurückerhalten können (1. und 2.),

514

<sup>1181</sup> Siehe vorne N 462 ff.

<sup>1182</sup> Siehe vorne N 486 ff.

<sup>1183</sup> Siehe vorne N 508 f.

<sup>1184</sup> Siehe vorne N 505 ff.

<sup>1185</sup> Siehe zur «*spending power*» vorne N 484 f.

<sup>1186</sup> Siehe vorne N 293 f.

ob sich etwas in Bezug auf eine allfällige Rückerstattungsklage ändert (3.) und ob der nichtwirtschaftliche Endzweck zu einer Machtverschiebung zwischen der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat führt (4.). Weiter ist zu prüfen, welche Anforderungen an eine Endzweckänderung zu stellen sind und ob ein solcher Wechsel wieder rückgängig gemacht werden kann (5.). Zu untersuchen ist auch, ob die Beteiligung an einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft mit Gewinn weiterverkauft und, damit zusammenhängend, ob der nichtwirtschaftliche Endzweck als «Endzweckvinkulierung» aufgefasst werden kann (6. und 7.). Schliesslich ist auf weitere Aspekte hinzuweisen und eine praxisnahe Gesamtwürdigung vorzunehmen (8. und 9.).

## 1. Dividendenausschüttungsverbot

- 515 Bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft dürfen keine Dividenden ausgeschüttet werden, denn die Dividendenzahlung, aber auch jede sonstige Gewährung eines vermögensrechtlichen Vorteils würde dem nichtwirtschaftlichen Endzweck diametral zuwiderlaufen. Das Dividendenausschüttungsverbot lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung direkt aus Art. 620 Abs. 3 OR ableiten. Alternativ kann als gesetzliche Grundlage auch Art. 660 Abs. 1 OR herangezogen werden, wonach jeder Aktionär Anspruch auf verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn hat, «soweit dieser nach Gesetz oder Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist».<sup>1187</sup>
- 516 Das Dividendenausschüttungsverbot darf auch nicht umgangen werden, indem sich der Alleinaktionär in der Funktion als Verwaltungsrat oder Angestellter Gewinnanteile in Form eines übersetzten Salärs (hierzu gehören auch Boni etc.) ausschüttet und so den nichtwirtschaftlichen Endzweck missachtet. Ein solches Verhalten würde einen Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot bedeuten.<sup>1188</sup> Tantiemen zugunsten der Verwaltungsratsmitglieder gemäss Art. 677 OR sind ohnehin nicht möglich, da ihre Ausrichtung einer vorgängigen Dividendenausrichtung bedarf, die – wie soeben ausgeführt – in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ausgeschlossen ist.
- 517 In diesem Zusammenhang ist auf den inkonsequenten Art. 6 Abs. 1 lit. a StG hinzuweisen, dem zufolge Gesellschaften bei der Emissionsabgabe (bei Begründung oder Erhöhung des Nennwerts von Beteiligungsrechten) steuerfrei ausgehen können, wenn sie unter anderem Dividendenausschüttungen statutarisch auf maximal auf sechs Prozent beschränken. Offenbar erachtet der Gesetzgeber (in Bezug auf die Stempelsteuer) den nichtwirtschaftlichen Endzweck nicht als gefährdet, solange die Ausschüttungen sich im genannten Rahmen bewegen.<sup>1189</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung lässt indessen auch eine

---

<sup>1187</sup> Siehe dazu ausführlich hinten N 656 ff.

<sup>1188</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a StG, der die Befreiung von der Stempelsteuer bei dem Gemeinwohl dienenden Gesellschaften davon abhängig macht, dass keine Tantiemen an den Verwaltungsrat bzw. den Genossenschaftsvorstand ausgezahlt werden dürfen, damit der steuerprivilegierte Zweck nicht gefährdet wird. Weiterführend StG-Kommentar HINNY, Art. 6 N 13 f.

<sup>1189</sup> Vgl. StG-Kommentar HINNY, Art. 6 N 10 m.w.H., wonach es sich beim Zinssatz von 6 % offenbar um eine Art «Normalrendite» handle, die im Jahr 1973 festgelegt wurde. Inkonsequent ist auch das KS ESTV-Steuerbefreiung in Ziff. II 4, wonach Dividenden möglich seien, sofern diese nicht «übermässig» erscheinen.

Dividende von weniger als sechs Prozent auf einen wirtschaftlichen Teilendzweck schliessen.<sup>1190</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. a StG erlaubt die Steuerbefreiung nach geltendem Recht auch für Aktiengesellschaften mit gemischtem Endzweck und setzt für die Gemeinnützigkeit keinen rein nichtwirtschaftlichen Endzweck im hier verstandenen Sinne voraus.<sup>1191</sup>

## 2. Liquidation und Rückzahlung von Stammkapital

Nach Art. 660 Abs. 2 OR hat bei Auflösung der Gesellschaft jeder Aktionär – soweit die Statuten über die Verwendung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nichts anderes bestimmen<sup>1192</sup> – das Recht an einem verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis. Dasselbe sieht Art. 745 Abs. 1 OR vor, wonach das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft nach Tilgung der Schulden, wiederum soweit die Statuten nichts anderes bestimmen, unter den Aktionären aufgeteilt wird. Dieses Recht lässt sich in zwei Komponenten unterteilen. Eine davon ist die *Schlussdividende*, worunter die Ausschüttung derjenigen Substanz zu verstehen ist, welche in der Gesellschaft erwirtschaftet, aber einstweilen zurückbehalten wurde. Bei der anderen handelt es sich um die Rückzahlung des einbezahlten Liberierungsbetrags einschliesslich eines allfälligen Agios.<sup>1193</sup>

Für die Schlussdividende kann in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft konsequenterweise nur dasselbe wie für die gewöhnliche Dividende gelten. Durch eine Schlussdividende wäre nämlich der wirtschaftliche Endzweck realisiert.<sup>1194</sup> Diese Überlegung spiegelt sich auch im Steuerrecht wider. So sieht das StG für die Befreiung von der Emissionsabgabe bei gemeinnützigen Gesellschaften die statutarische Widmung des Vermögens für den steuerprivilegierten Zweck vor. Diese «Widmung» umfasst indessen nicht die Rückzahlung des Gesellschaftskapitals, welche ausdrücklich gestattet ist.<sup>1195</sup> Auch ist eine derartige Vermögenswidmung nicht mit der Widmung von Vermögen im Rahmen der Errichtung einer Stiftung gleichzusetzen. Obwohl eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft Ähnlichkeiten mit einer Stiftung gemäss Art. 80 ff. ZGB aufweisen kann, unterscheidet sie sich in Bezug auf die Bindung der Mittelhingabe grundlegend. Der Stifter widmet sein Vermögen einem besonderen Zweck<sup>1196</sup> und kann danach grundsätzlich keinen Einfluss mehr auf das Schicksal der zugewendeten Mittel nehmen.<sup>1197</sup> Für seine Vermögenshingabe erhält er keine Gegenleistung. Bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft kann der Aktionär demgegenüber durch Zweckänderung und Wahl der Organe auf die

<sup>1190</sup> Auch der einfache Darlehensvertrag gemäss Art. 312 OR ist, wenn ein Darlehenszins vereinbart wurde, ein wirtschaftlich motiviertes Rechtsgeschäft.

<sup>1191</sup> Siehe dazu hinten N 700 f.

<sup>1192</sup> Wobei in diesem Fall die einschlägige Statutenbestimmung mit Einstimmigkeit gefällt werden muss. Vgl. BSK OR II-NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 660 N 20.

<sup>1193</sup> BSK OR II-NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 660 N 17. Vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 99.

<sup>1194</sup> Darüber hinaus wären Missbrauchsvarianten Tür und Tor geöffnet, bspw. indem eine Aktiengesellschaft in Verfolgung eines gemeinnützigen Zwecks Spendengelder sammelt und dann die Liquidation beschliesst.

<sup>1195</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. a StG. Vgl. demgegenüber KS ESTV-Steuerbefreiung Ziff. II. 2c und II. 4, wonach bei Auflösung der Gesellschaft das Vermögen an eine öffentliche oder steuerbefreite Institution mit gleicher oder ähnlicher Zwecksetzung fallen muss.

<sup>1196</sup> Art. 80 ZGB.

<sup>1197</sup> Ausnahmsweise kann er gemäss Art. 86a Abs. 1 ZGB eine nachträgliche Änderung anstrengen, wenn diese in der Stiftungsurkunde vorbehalten wurde und mindestens zehn Jahre seit der Errichtung verstrichen sind.

Verwendung des Aktienkapitals direkt Einfluss nehmen. Darüber hinaus erhält er mit dem Aktientitel ein – wenn auch wertmässig limitiertes – Wertpapier und somit eine Gegenleistung.<sup>1198 1199</sup>

- 520 Fehlt es an einer Statutenbestimmung, die darüber Aufschluss gibt, was mit dem Liquidationsergebnis geschehen soll, ist die Rückzahlung des Gesellschaftskapitals nach der hier vertretenen Auffassung deshalb zulässig.<sup>1200</sup> Die Schlussdividende ist demgegenüber zwingend dem Förderzweck zuzuwenden.<sup>1201</sup> Sollte sich dies als unmöglich erweisen, ist in der Liquidation nach derselben Überlegung wie in Art. 57 Abs. 2 ZGB zu verfahren. Das Vermögen ist folglich so gut wie möglich entsprechend dem bisherigen Zweck zu verwenden.<sup>1202</sup>
- 521 Wird die Rückzahlung des Gesellschaftskapitals an die Aktionäre statutarisch ausgeschlossen, stellt sich aus steuerrechtlicher Sicht die Frage, ob mit Begründung dieses Rückzahlungsausschlusses eine Schenkung vorliegt, auf die Schenkungssteuern zu entrichten wären.<sup>1203</sup>

### 3. Aktienrechtliche Rückerstattungspflicht

- 522 Wenn die Aktiengesellschaft einen wirtschaftlichen Endzweck verfolgt, muss jeder Leistung eine Gegenleistung mit objektiv gleichwertigem Verkehrswert gegenüberstehen.<sup>1204</sup> Sind Dispositionen nicht nach diesem Grundsatz verfügt worden, kann der Leistungsempfänger – falls er als Nahestehender wie bspw. ein Verwaltungsrat der Sportaktiengesellschaft zu qualifizieren ist – auf Rückerstattung der ungerechtfertigt erhaltenen Leistung eingeklagt werden.<sup>1205</sup>
- 523 Hat die Aktiengesellschaft jedoch einen nichtwirtschaftlichen Endzweck, bleibt kein Raum für eine aktienrechtliche Rückerstattung, sofern eine Disposition vom Förderzweck erfasst ist.<sup>1206</sup> Das Risiko einer Rückerstattung im Sinne von Art. 678 OR kann demnach durch einen nichtwirtschaftlichen Endzweck grundsätzlich behoben werden.

---

<sup>1198</sup> Ein Wertpapier nach Art. 965 OR ist eine Urkunde, mit der ein Recht untrennbar verknüpft ist.

<sup>1199</sup> Wäre die Rückzahlung des einbezahlten Kapitals bei einer Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck in jedem Fall ausgeschlossen, müsste dies – wie bei der Stiftungserrichtung auch – zu Schenkungssteuern führen. Darüber hinaus würde es einen anfechtbaren Tatbestand sowohl in Bezug auf erbrechtliche Pflichtteilsverletzungen (bspw. im Sinne von Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB) als auch in Bezug auf Anfechtungsklagen im Sinne von Art. 285 ff. SchKG begründen.

<sup>1200</sup> Dasselbe muss konsequenterweise in Bezug auf die konstitutive Kapitalherabsetzung i.S.v. Art. 732 OR gelten. Siehe aber SCHÖNENBERG, S. 9, die als Vorbedingung für den Status der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit fordert, jeglicher Liquidationsanteil sei ebenfalls einem ähnlichen gemeinnützigen Zweck zuzuwenden.

<sup>1201</sup> Dasselbe muss für ein allfälliges Agio (Differenz zwischen dem Nennwert und dem höheren Ausgabebetrag neuer Aktien; vgl. Art. 624 Abs. 1 OR) gelten. In der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist davon auszugehen, dass ein solches zum «Förderzweckverbrauch» bestimmt ist.

<sup>1202</sup> Hierfür ist der Liquidator zuständig (Art. 745 OR) und nicht etwa das Gemeinwesen (vgl. Art. 57 Abs. 1 ZGB).

<sup>1203</sup> So besteht bei der Stiftungserrichtung eine Schenkungssteuerpflicht, sofern die Stiftung nicht den steuerrechtlichen Status der Gemeinnützigkeit erhält.

<sup>1204</sup> SPÖRRI, § 11 N 108.

<sup>1205</sup> Siehe vorne N 305 ff.

<sup>1206</sup> Vgl. SPÖRRI, § 11 N 110.

#### 4. Kompetenz über Fördermitteleinsatz

##### a) Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR beim nichtwirtschaftlichen Endzweck

Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR beschliesst die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns und *insbesondere* über die Höhe der Dividende. Hierbei handelt es sich um eine unübertragbare Kompetenz, deren Kern das Recht des Aktionärs auf Dividende ist.<sup>1207</sup>

Bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft wurde auf das Recht auf Anteil am Bilanzgewinn verzichtet. Zu einer Ausschüttung kann es demnach nicht kommen.<sup>1208</sup> Das heisst aber nicht automatisch, dass die Generalversammlung nicht mehr zuständig wäre, über die Gewinnverwendung zu beschliessen. Denkbar wäre, dass die Generalversammlung über die *Mittelverwendung zur Förderzweckverfolgung* Beschluss fasst. Durch die direkte Förderzweckverfolgung wird indessen erzielbarer Gewinn verhindert. Der Verwaltungsrat entscheidet laufend über die Verwendung des erzielten bzw. erzielbaren Gewinns. Die Mittelverwendung für ideelle Ziele der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist das Pendant zur Ausschüttung von Mitteln an die Aktionäre in der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft, welche durch Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR geschützt ist.

Die Generalversammlung kann darüber hinaus neben dem Beschluss über Dividenden namentlich über Tantiemen<sup>1209</sup> und freiwillige Reserven sowie über die Gründung und Unterstützung von Wohlfahrts-einrichtungen zugunsten der Arbeitnehmer befinden.<sup>1210</sup> Die direkte Förderzweckverfolgung entzieht der Generalversammlung diese Dispositionsmöglichkeiten. Es stellt sich daher die Frage, ob die Förderzweckverfolgung aus erzieltm bzw. erzielbarem Überschuss eine unübertragbare Aufgabe der Generalversammlung im Sinne von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR darstellt oder ob es sich um eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates im Sinne von Art. 716a OR handelt.

Das Konzept des Gesetzes geht von der eindeutigen Kompetenzausscheidung zwischen der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat aus, so dass lückenlos und ausschliesslich entweder das eine oder das andere Organ einen rechtsverbindlichen Beschluss fassen kann.<sup>1211</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist aus folgenden Gründen von einer Kompetenz des Verwaltungsrates auszugehen: Die Pflicht zur Oberleitung der Gesellschaft gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR beinhaltet die strategische Zielsetzung und die Bewilligung der dazu notwendigen Mittel.<sup>1212</sup> Der Förderzweck beschreibt, was

<sup>1207</sup> Statt aller, BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 512.

<sup>1208</sup> Liegt überhaupt keine unternehmerische Tätigkeit vor oder soll aus der unternehmerischen Tätigkeit überhaupt kein Überschuss erzielt, sondern lediglich der Förderzweck verfolgt werden, fehlt es an der Gewinnorientierung. Siehe dazu vorne N 47 ff. Denkbar, wenn auch abstrakt, wäre eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck, die eine Immobilie hält, die von der Allgemeinheit kostenlos genutzt werden kann.

<sup>1209</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

<sup>1210</sup> Art. 674 Abs. 2 und 3 OR.

<sup>1211</sup> BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 8b.

<sup>1212</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 156 ff. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 306 ff. m.w.H. Zur Oberleitung der Gesellschaft siehe HOMBURGER, N 530 ff.

gefördert werden soll.<sup>1213</sup> Im Rahmen dieses Förderzwecks ist eine Zielfestlegung vorzunehmen und zu bestimmen, welche Mittel hierfür wie einzusetzen sind.

528 Weiter besteht bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft kein Anspruch auf *gewinnorientierte* Tätigkeit analog zum Recht auf Gewinnstrebigkeit bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft.<sup>1214</sup> Dafür fehlt es nur schon an einer rechtlichen Grundlage (so wie sie Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR vorsieht).

529 Gegen eine zwingende Kompetenz der Generalversammlung spricht zudem, dass unter *Bilanzgewinn* der Überschuss verstanden wird, der sich aus den aufaddierten (vorgetragenen und laufenden) Gewinnen und Verlusten ergibt.<sup>1215</sup> Durch die direkte Förderzweckverfolgung kommt es gerade nicht zu einem dieser Definition entsprechenden Bilanzgewinn, weshalb die Generalversammlung technisch gar nicht darüber befinden und ihre Kompetenz diesbezüglich nicht verletzt sein kann.

530 Für die Kompetenz des Verwaltungsrates spricht zusätzlich das Prinzip der Drittorganschaft und die dazu gehörende Verantwortlichkeit. Der Verwaltungsrat haftet nach Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 754 OR für Schäden, die er durch Verletzung seiner aktiven Interessenwahrungspflicht verursacht. Für unsorgfältiges Einsetzen von Fördermitteln wird er einstehen müssen. Wenn er aber für eine bestimmte Disposition haftbar gemacht werden kann, muss diese auch in seinem Zuständigkeitsbereich liegen.

531 Im Gegenzug obliegt es der Generalversammlung, den Zweck zu umschreiben. Sie ist kompetent für die Formulierung des Gesellschaftszwecks und kann dadurch mittelbar auf Geschäftsführungsentscheide Einfluss nehmen.<sup>1216</sup> Es steht ihr auch jederzeit offen, durch Statutengestaltung oder -änderung – entweder im Zweckartikel oder an anderer Stelle – zu bestimmen, dass der Gewinn zuhanden der Generalversammlung ausgewiesen wird und diese über Anträge zur nichtwirtschaftlichen Zweckverwendung Beschluss fassen kann.<sup>1217</sup>

532 Im Übrigen kann die Generalversammlung den Verwaltungsrat abberufen und durch einen anderen ersetzen, von dem sie sich eine «bessere» Verfolgung der Förderinteressen erhofft. Wie der Überschuss dann aber im Rahmen der direkten Förderzweckverfolgung konkret verwendet wird, bleibt nach wie vor dem Verwaltungsrat überlassen. Fehlt eine statutarische Grundlage, ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat selber dafür verantwortlich ist, über die Mittelverwendung zur Verfolgung des Förderzwecks zu bestimmen.

### **b) Beschlusskompetenz der Generalversammlung über Förderzweckverfolgung?**

533 Um zu verhindern, dass der Verwaltungsrat im Rahmen der direkten Förderzweckverfolgung über die Gewinnverwendung beschliesst, ist die Aufnahme einer Statutenbestimmung denkbar, die den

---

<sup>1213</sup> Siehe zum Förderzweck vorne N 436 ff.

<sup>1214</sup> Es fehlt nur schon an einer Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR entsprechenden gesetzlichen Grundlage. Siehe zum Recht auf Gewinnstrebigkeit vorne Gewinnstrebigkeit.

<sup>1215</sup> Vgl. HANDSCHIN, Rechnungslegung, N 851.

<sup>1216</sup> BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 8.

<sup>1217</sup> Siehe dazu sogleich ausführlich N 533 ff.



Verwaltungsrat zur *indirekten Förderzweckverfolgung* verpflichtet. In diesem Fall wird eine Kompetenz der Generalversammlung begründet, selbst über die Verwendung des Gewinns zugunsten des Förderzwecks zu beschliessen. Dies kann in Form eines konkreten Antrags geschehen, der bezeichnet, welche Disposition getätigt werden soll.<sup>1218</sup> Der Antrag kann entweder vom Verwaltungsrat oder aber von einem Aktionär stammen.<sup>1219</sup> Fraglich ist, ob ein solches Recht in die unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats eingreift.

Diese Frage ist aus folgendem Grund zu verneinen: Zunächst wird im Aktienrecht ein sog. Genehmigungsvorbehalt als zulässig erachtet.<sup>1220</sup> Der Verwaltungsrat kann sich bspw. verpflichten, eine Disposition von der Genehmigung der Generalversammlung abhängig zu machen. Dabei handelt es sich um eine Bedingung im Sinne von Art. 151 OR, so dass im Ergebnis die Generalversammlung über die Gültigkeit des entsprechenden Rechtsgeschäfts entscheidet.<sup>1221</sup> In einem solchen Vorgehen ist weder ein Verstoß gegen die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung noch eine unzulässige Delegation nach oben zu erkennen.<sup>1222</sup> Wenn der Verwaltungsrat sich bei der Vertretung der Gesellschaft auf «grünes Licht» der Generalversammlung stützen darf, muss auch eine entsprechende Beschlusskompetenz der Generalversammlung über den Fördermitteleinsatz zulässig sein. Der Verwaltungsrat hat lediglich dafür zu sorgen, dass alle Verwendungsvorschläge mit Gesetz und Statuten (insbesondere End- und Förderzweck) im Einklang stehen. Da die Generalversammlung die Gesellschaft nicht nach aussen vertreten kann, obliegt die Vornahme der konkreten, rechtsgeschäftlichen Disposition ausschliesslich dem Verwaltungsrat.<sup>1223</sup>

Eine solche Beschlussfassung über die Gewinnverwendung (im Sinne von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) zu nichtwirtschaftlichen Zwecken ist auch ohne statutarische Grundlage denkbar, indessen wird es aufgrund der *direkten Förderzweckverfolgung* kaum je zu einem relevanten Gewinn kommen.

### c) Machtverschiebung von der Generalversammlung zum Verwaltungsrat

Die direkte Förderzweckverfolgung führt dazu, dass kein nennenswerter Bilanzgewinn ausgewiesen wird. Dies kann sich aus dem Blickwinkel der Generalversammlung als nachteilig erweisen. Grundsätzlich muss der Verwaltungsrat der Generalversammlung die Jahresrechnung – unter Beachtung der Rechnungslegungsvorschriften – so darstellen, dass sich diese ein Bild über Ertrags- und Vermögenslage der

<sup>1218</sup> Bspw. der Antrag in der Generalversammlung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft, einen bestimmten Betrag in ein bestimmtes gemeinnütziges Projekt zu investieren.

<sup>1219</sup> Nicht erforderlich ist das Traktandieren i.S.v. Art. 699 Abs. 3 OR. Wurde die «Beschlussfassung über Gewinnverwendung» traktandiert, kann jeder einzelne Aktionär diesbezügliche Anträge und Gegenanträge stellen. Siehe FORSTMOSER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte, S. 125.

<sup>1220</sup> BGE 100 II 384 E. 2 S. 387 ff.

<sup>1221</sup> BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 8a.

<sup>1222</sup> BGE 100 II 384 E. 2 S. 387 ff.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 8a. Siehe zur Kompetenzdelegation vorne N 184 ff.

<sup>1223</sup> Nach Art. 716a OR und Art. 716 Abs. 1 OR hat der Verwaltungsrat die Beschlüsse der Generalversammlung zu vollziehen. Zu dieser sog. «Beschlussvollzugskompetenz» vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 8b.

Gesellschaft machen kann.<sup>1224</sup> Die Generalversammlung ist dann in der Lage zu beurteilen, ob sie eine Dividendenausüttung beschliessen will oder ob sie ausschüttbare Mittel in der Gesellschaft belassen möchte. Sie kann also darüber befinden, ob sie der Gesellschaft Liquidität entziehen will oder nicht. Auch der Aktionär der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft kann ein Interesse daran haben, erwirtschafteten Gewinn einstweilen nicht zugunsten des Förderzwecks auszuschütten bzw. aufzuwenden,<sup>1225</sup> sondern freiwillige Reserven zu bilden oder eine Wohlfahrtseinrichtung zu gründen. Wird der erzielbare Gewinn vorweg und direkt durch den Verwaltungsrat im Sinne des Förderzwecks ausgegeben, besteht diese Möglichkeit nicht.

- 537 Die direkte Förderzweckverfolgung – die wohl bei nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft die Regel sein dürfte – führt somit zu einem Machtverlust der Generalversammlung; denn diese kann ihre Befugnisse gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR und Art. 674 Abs. 2 und 3 OR faktisch nicht mehr ausüben, weil der erzielbare Gewinn durch den Verwaltungsrat direkt zur Förderzweckverfolgung eingesetzt wird. Diese Machtverschiebung ist auch für die Aktionäre einer Sportaktiengesellschaft relevant. Verfügt die Gesellschaft über einen Allein- oder Mehrheitsaktionär, liegt es in seinen Händen, wer in den Verwaltungsrat gewählt wird. Somit steht es auch in seiner Macht, Einfluss auf die Förderzweckverfolgung zu nehmen, bspw. indem er selbst Einsitz in den Verwaltungsrat nimmt.

## 5. Endzweckänderung bei der bestehenden Aktiengesellschaft

- 538 Ob eine einmal beschlossene Konstituierung wieder rückgängig gemacht werden kann, ist für Aktionäre einer Sportaktiengesellschaft, die vor der Entscheidung stehen, für oder gegen die Aufnahme eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks zu votieren, von grosser Bedeutung. Um der Frage nach der Umkehrbarkeit nachzugehen, ist zunächst zu prüfen, ob im Aktienrecht überhaupt Endzweckänderungen zulässig sind.

### a) Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks

- 539 Die Frage, ob sich eine Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck in eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft umwandeln kann, ist im Gesetz nicht geregelt. Art. 620 Abs. 3 OR sieht vor, dass eine Aktiengesellschaft auch zu nichtwirtschaftlichen Zwecken *gegründet* werden kann. Nach dem Wortlaut kommt die Festlegung des Endzwecks somit nur bei der eigentlichen Gründung in Frage. Auch Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR, wonach mit Zustimmung aller Aktionäre auf *Gewinnstrebigkeit* verzichtet werden kann, stellt keine einschlägige Rechtsgrundlage dar, denn die Begriffe *Gewinnstrebigkeit* und *wirtschaftlicher Endzweck* sind nicht deckungsgleich.<sup>1226</sup> Insbesondere ist ein wirtschaftlicher

---

<sup>1224</sup> Statt aller, BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 513.

<sup>1225</sup> Bspw. weil der Aktionär die Meinung vertritt, die Gesellschaft benötige zur optimalen Förderzweckverfolgung zunächst einen kapitalintensiven Ausbau der unternehmerischen Tätigkeit.

<sup>1226</sup> Siehe vorne N 38 ff.

Endzweck auch ohne Gewinnstrebigkeit möglich. Weder Art. 620 Abs. 3 OR noch Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR beantworten demnach die Frage, ob eine Endzweckänderung zulässig ist.

In der Lehre wird bezüglich Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR entweder nicht differenziert, ob damit auch die Aufhebung des wirtschaftlichen Endzwecks gemeint ist,<sup>1227</sup> oder es wird – ohne weitere Begründung – die Meinung vertreten, die Bestimmung sei auch auf die Aufhebung des Endzwecks anwendbar.<sup>1228</sup> Für eine vertiefte Betrachtung ist es indessen sachdienlich, zwischen der *Aufhebung der Gewinnstrebigkeit* einerseits und der *Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks* andererseits zu differenzieren.<sup>1229</sup>

Eine *nachträgliche* Annahme des nichtwirtschaftlichen Endzwecks muss nach der hier vertretenen Auffassung als grundsätzlich zulässig erachtet werden. Es wäre nicht einzusehen, weshalb Aktionäre, die einstimmig den Willen bekunden, ihre Gesellschaft zukünftig zu nichtwirtschaftlichen Zwecken einzusetzen, zunächst dazu genötigt werden sollten, ihre wirtschaftliche Aktiengesellschaft zu liquidieren (was im Übrigen durch Zweidrittelmehrheit möglich ist<sup>1230</sup>), nur um anschliessend eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft neu zu gründen.<sup>1231</sup> Voraussetzung der Endzweckänderung ist allerdings die Zustimmung jedes Aktionärs. Durch das Einstimmigkeitserfordernis wird jedem Aktionär ein faktisches Vetorecht eingeräumt, so dass sichergestellt ist, dass kein Aktionär in seinem Recht auf Anteil am Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR) verletzt wird. Diffiziler und nachfolgend genauer zu prüfen ist die Frage nach der Rechtsfolge, wenn die Zustimmung eines oder mehrerer Aktionäre fehlt. Zusammengefasst muss die Änderung vom wirtschaftlichen in den nichtwirtschaftlichen Endzweck, sofern sie mit Zustimmung aller Aktionäre beschlossen wird, als zulässig gelten.<sup>1232</sup>

## b) Wiederaufnahme des wirtschaftlichen Endzwecks

Auch die Wiederaufnahme eines wirtschaftlichen Endzwecks bzw. die Umwandlung eines nichtwirtschaftlichen in einen wirtschaftlichen Endzweck ist gesetzlich nicht normiert. Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit entweder nicht in Erwägung gezogen oder er hat sie als unzulässig erachtet. Da es sich bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck um eine atypische Aktiengesellschaft handelt und da der Gesetzgeber mit Art. 620 Abs. 3 OR für die Rechtsform der Aktiengesellschaft das Verfolgen eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks explizit nicht ausschliessen wollte, ist nicht

<sup>1227</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 27 und FN 88, unter Verweisung auf Art. 704 Abs. 2 Ziff. 4 OR, wonach die Gründer einer nichtwirtschaftlichen AG einstimmig auf die Gewinnstrebigkeit verzichten.

<sup>1228</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 7 N 96. Vgl. auch BÜRGI, Art. 660, 661 N 16 f.

<sup>1229</sup> Vgl. KÄGI, § 4 N 36.

<sup>1230</sup> Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR.

<sup>1231</sup> Darin kann auch keine verdeckte Gewinnausschüttung im steuerrechtlichen Sinne gesehen werden. Eine solche würde auf der Annahme beruhen, die Aktionäre müssten sich den Gewinn zunächst auszahlen lassen, was Einkommens- und Vermögenssteuern auslösen würde, und erst in einem zweiten Schritt das zurückgezahlte Kapital und den (versteuerten) Überschuss in die neue nichtwirtschaftliche Gesellschaft einbringen.

<sup>1232</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass bereits vor der Aufnahme des aktuellen Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR ins Gesetz – und somit auch des Begriffs «Gewinnstrebigkeit» – die Meinung vertreten wurde, eine Aufhebung des wirtschaftlichen Endzwecks sei zulässig. Dazu BÜRGI, Art. 660, 661 N 16.

anzunehmen, dass die fehlende Normierung ein *qualifiziertes Schweigen* darstellt.<sup>1233</sup> Es ist demnach zu untersuchen, ob die Zulässigkeit der Wiederaufnahme des wirtschaftlichen Endzwecks aus dem Aktienrecht hergeleitet werden kann.

- 543 Von einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft erzielte Betriebsüberschüsse dienen mittelbar dazu, den Aktionären vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen. Solche Mittel sind demnach an den Endzweck gebunden und können entweder in Form von Dividenden an die Aktionäre fließen oder in der Gesellschaft – bspw. zwecks Stabilisierung oder Wachstum – verbleiben, was zu einer Steigerung des Aktienwerts und im Ergebnis wiederum zur wirtschaftlichen Besserstellung der Aktionäre führt. Die Verwendung von erwirtschafteten Mitteln für Zwecke, die einer vermögensrechtlichen Besserstellung der Aktionäre schädlich sind, ist unzulässig.<sup>1234</sup>
- 544 Nach der hier vertretenen Auffassung müssen die in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft generierten Vermögenswerte im selben Sinne an den nichtwirtschaftlichen Endzweck gebunden sein. Insofern sind solche Mittel dem nichtwirtschaftlichen Endzweck «gewidmet». Die Aktionäre der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft haben keinen Anspruch auf die Mittel der Gesellschaft, sondern einen Anspruch darauf, dass die Mittel zur Verfolgung des Förderzwecks eingesetzt werden. Der Aktionär ist in seinem nichtwirtschaftlichen Interesse aber ebenso zu schützen, handelt es sich dabei doch um das nichtwirtschaftliche Pendant zum Recht auf Anteil am Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR).
- 545 Eine Änderung der Widmung wäre zudem mit dem Grundsatz der Verkehrssicherheit und dem Schutz des öffentlichen Glaubens nicht zu vereinen.<sup>1235</sup> Das Vertrauen aller Personen, die mit der Gesellschaft in Berührung kommen, wäre nicht gewährleistet, wenn eine Endzweckänderung die Widmung bereits generierter Mittel ändern könnte. Illustrieren lässt sich dies am Beispiel der gemeinnützigen Aktiengesellschaft. Solche Organisationen werden regelmässig bevorzugt behandelt, indem ihnen Verträge angeboten werden, welche gewöhnliche Marktteilnehmer nicht hätten aushandeln können. Die Vertragspartner lassen sich dabei von dem Gedanken leiten, dass es sich zwar nicht um ein rentables Geschäft handelt, der entgangene Profit jedoch immerhin einem «guten Zweck» oder zumindest einem anderweitigen Förderzweck zugutekommt und jedenfalls nicht in der Tasche von Aktionären landet. Es wäre daher stossend und mit dem Gutgläubenschutz unvereinbar, wenn eine gemeinnützige Aktiengesellschaft (auch mit einstimmigem Generalversammlungsbeschluss) ihren Endzweck ändern könnte. Noch gravierender wäre es, wenn die gemeinnützige Aktiengesellschaft während ihrer gemeinnützigen Aktivität<sup>1236</sup> (womöglich steuerbefreite) Gewinne realisieren und Ersparnisse anhäufen konnte, welche nach

---

<sup>1233</sup> Vgl. zum Begriff *Qualifiziertes Schweigen* BGE 138 II 1 E. 4.2 S. 138. «Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinne – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung.»

<sup>1234</sup> Darin wäre eine Verletzung von Art. 660 Abs. 1 OR zu erblicken. Siehe dazu vorne N 25 f.

<sup>1235</sup> Siehe dazu vorne N 433 f.

<sup>1236</sup> Vgl. aber: KS ESTV-Steuerbefreiung, Ziff. II 2 b, wonach für eine Steuerbefreiung unter anderem Unwideruflichkeit der Zweckbindung vorausgesetzt wird. Das bedeutet, dass die Zweckbindung von Aktiengesellschaften mit nichtwirtschaftlichem Endzweck, denen die Steuerbefreiung gestützt auf gemeinnützige

erfolgter Endzweckänderung in Form von Dividenden oder als Liquidationsergebnis an die Aktionäre ausgeschüttet würden.<sup>1237</sup> Ein solches Verhalten stünde im Widerspruch zu Art. 2 Abs. 2 ZGB und wäre somit rechtsmissbräuchlich. Die unter dem nichtwirtschaftlichen Endzweck erzielten Mittel sind in diesem Sinne dem Förderzweck unwiderruflich «gewidmet» (*Förderzweckwidmung*).

Dieser Gedanke wurde in Ziff. II 1. des KS ESTV-Steuerbefreiung bereits in diesem Sinne aufgenommen. Demnach wird einer juristischen Person die Steuerbefreiung nach Art. 56 lit. g DBG gewährt, wenn sie öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgt und Gewinn und Kapital ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken gewidmet sind. Der Nachweis, dass diese Unwiderruflichkeit gegeben ist, obliegt der juristischen Person. Wie eine Aktiengesellschaft überhaupt einen solchen Nachweis erbringen kann, wird allerdings nicht ausgeführt.<sup>1238 1239</sup> Durch den hier vertretenen Standpunkt, dass eine Endzweckänderung vom nichtwirtschaftlichen zum wirtschaftlichen Endzweck unzulässig ist, erübrigt sich ein besonderer «Nachweis der Unwiderruflichkeit». Die Konstituierung als nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft führt zu einer «Widmung» der Vermögenswerte, die im Ergebnis einer «Zementierung» bzw. einer «Perpetuierung» gleichkommt.<sup>1240</sup> Eine – aus aktienrechtlicher Sicht abzulehnende<sup>1241</sup> – absolute Unabänderlichkeit liegt indessen nicht vor. Sofern sichergestellt ist, dass alle bislang erwirtschafteten Mittel der Gesellschaft zur Förderzweckverfolgung verwendet werden, so dass sich die Aktiengesellschaft in derselben wirtschaftlichen Situation befindet wie eine neu gegründete Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck, sind die geäusserten Bedenken grundsätzlich behoben.<sup>1242</sup> Denn diesfalls steht fest, dass die bisherigen Aktionäre der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft keine vermögensrechtlichen Vorteile erlangt haben, und zusätzlich, dass der Unternehmenswert nur noch dem Stammkapital entspricht.<sup>1243</sup> Ein solches Vorgehen ist in der Praxis allerdings schwer vorstellbar und wäre allenfalls bei akuter Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft angezeigt.<sup>1244</sup>

546

---

Zweckverfolgung zuerkannt wurde, unwiderruflich sein muss. Ob das aktienrechtlich durchsetzbar ist, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

<sup>1237</sup> Vgl. dazu KOLLER, S. 482, der auf das erhebliche Missbrauchspotential hinweist, das durch beliebige, unkontrollierte Zweckänderungen hervorgerufen werden könne. Er streicht insbesondere auch die schwachen steuerrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten und die fehlende Aufsicht – sofern es sich nicht um Stiftungen handelt – heraus.

<sup>1238</sup> Anders ist es bei einer Stiftung, bei welcher sich die grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Zweckwidmung bereits aus Art. 80 ZGB ergibt.

<sup>1239</sup> Vgl. KOLLER, S. 448 und SCHÖNENBERG, S. 9, die darauf hinweisen, dass für die Aktiengesellschaft der Steuerstatus der Gemeinnützigkeit aufgrund der aktienrechtlichen Unmöglichkeit von unwiderruflichen Statutenbestimmungen im Grunde gar nicht in Frage komme.

<sup>1240</sup> Der nichtwirtschaftliche, ideale Endzweck rechtfertigt eine solche weitgehende Einschränkung. Vgl. dazu BK-RIEMER Stiftungsrecht, Systematischer Teil, N 409, wonach die stiftungsrechtliche *Perpetuierung* – also die absolute Gebundenheit der Stiftung – ihre Rechtfertigung im idealen Zweck findet, weshalb die *Perpetuierung* nur bei idealem, nicht aber bei wirtschaftlichem Stiftungszweck möglich sei.

<sup>1241</sup> GERMANN, S. 25; FORSTMOSER, Aktienrecht, § 7 N 105 f.; KOLLER, S. 449; SCHÖNENBERG, S. 9.

<sup>1242</sup> Durch eine Endzweckänderung kann es nicht dazu kommen, dass dem Aktionär danach mehr zusteht als zuvor. Vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 20.

<sup>1243</sup> Selbst eine «ausgehöhlte» Aktiengesellschaft hat noch einen gewissen Wert. So kommt auch einem leeren Aktienmantel ein Wert zu, der durch die lange Existenz und das einst vorhandene Stammkapital begründet ist.

<sup>1244</sup> Zumindest müsste eine Unterbilanz im Sinne von Art. 725 OR vorliegen.

547 Die hier geforderte Unwiderruflichkeit lässt sich auch im Stiftungsrecht beobachten. Obschon die Stiftung grundsätzlich auch einen «wirtschaftlichen Zweck» bzw. eine *Gründerbegünstigung* vorsehen kann,<sup>1245</sup> verlangt Art. 86a Abs. 2 ZGB, dass der einmal angenommene öffentliche oder gemeinnützige Zweck gemäss Art. 56 lit. g DBG auch nach einer Zweckänderung weiterhin öffentlich oder gemeinnützig sein muss. Allerdings betrifft die Zementierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks hier nur – aber immerhin – den Bereich der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit.

548 Wollen also die Gesellschafter einer Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ihren Endzweck ändern, bleibt ihnen – von der vorhin erwähnten Ausnahmeabgesehen – nichts anderes übrig, als die Gesellschaft zu liquidieren, die überschüssigen Mittel dem Förderzweck zuzuweisen und eine neue Gesellschaft zu gründen.<sup>1246</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist demnach die Endzweckänderung von einem nichtwirtschaftlichen in einen wirtschaftlichen Endzweck grundsätzlich unzulässig.<sup>1247</sup> Ein Generalversammlungsbeschluss, der den Wechsel von einem wirtschaftlichen zu einem nichtwirtschaftlichen Endzweck herbeiführt, ist somit grundsätzlich endgültig und unwiderruflich.

### c) Wiederaufnahme der Gewinnstrebigkeit

549 Vollständigkeitshalber ist darauf hinzuweisen, dass auch die Wiederaufnahme der Gewinnstrebigkeit zulässig sein muss. Wird nur die Gewinnstrebigkeit aufgegeben, unter Beibehaltung des wirtschaftlichen Endzwecks, bedient die Gesellschaft nach wie vor vermögensrechtliche Interessen ihrer Aktionäre.<sup>1248</sup> Es ist nicht einzusehen, weshalb es nicht möglich sein sollte, die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit rückgängig zu machen, und zwar auch ohne Zustimmung jedes Aktionärs. Erstens fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, die die Zustimmung aller Aktionäre verlangen würde, und zweitens wird durch die Wiederaufnahme der typische Charakter der Aktiengesellschaft wiederhergestellt. Zwar wird in der Regel eine Gesellschaftszweckanpassung erforderlich sein, doch erscheint hierfür eine Zweidrittelmehrheit im Sinne von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR als ausreichend. Die Wiederaufnahme der Gewinnstrebigkeit ist somit als zulässig zu erachten, sofern der wirtschaftliche Endzweck nicht aufgegeben wurde.

### d) Beschluss zur Aufhebung des wirtschaftlichen Endzwecks/Quorum

550 Nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR ist der Beschluss über die Aufhebung der *Gewinnstrebigkeit* nur mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre möglich. Die Rechtsfolge eines Verstosses gegen diese Bestimmung ist die *Anfechtbarkeit* des Beschlusses. Demgegenüber sind gemäss Art. 706b Ziff. 3 OR Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft verstossen, *nichtig*. Fraglich ist, ob ein Beschluss zur Änderung des Endzwecks ohne die Zustimmung jedes Aktionärs anfechtbar oder nichtig ist. Diesbezüglich ist vom *Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeit* auszugehen, wonach

---

<sup>1245</sup> Siehe dazu hinten N 673 ff.

<sup>1246</sup> Vgl. KAUFMANN, S. 17; a.M. ZK-TANNER, Art. 704 N 25.

<sup>1247</sup> A.M. ZK-TANNER, Art. 704 N 25.

<sup>1248</sup> Wenn die vermögensrechtlichen Interessen auf keinerlei Weise mehr verfolgt werden, ist darin eine faktische Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks zu erblicken. Siehe dazu vorne «faktische Zweckänderung».

Nichtigkeit nur dort anzunehmen ist, wo die blossе Anfechtbarkeit keine ausreichende Sanktion darstellen würde.<sup>1249</sup>

Laut BÖCKLI besteht die Möglichkeit einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit insbesondere im Fall der Konzernierung, die zur Aufgabe des Endzwecks führt, da ein «krasserer Verstoß gegen die Grundstruktur der Aktiengesellschaft» kaum vorstellbar sei.<sup>1250</sup> Auch BÜRGI hält Änderungen des Endzwecks für gleichbedeutend mit einer Änderung der Grundstruktur der Aktiengesellschaft.<sup>1251</sup> Die Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks ist dabei schwerwiegender als die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit, denn Letzteres lässt eine wirtschaftliche Besserstellung der Aktionäre weiterhin zu. Ebenso kann trotz fehlender Gewinnstrebigkeit jederzeit mit Zweidrittelmehrheit ein Auflösungsbeschluss der Generalversammlung ergehen (Art. 704 Ziff. 8 OR), in dessen Folge der verbleibende Liquidationserlös uneingeschränkt den Aktionären zusteht. Aber obschon die Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks einen grösseren Eingriff in die Struktur der Aktiengesellschaft darstellt als die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit, lässt sich nicht ohne Weiteres auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit schliessen.

Der Gesetzgeber hat bereits die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit als so schwerwiegend angesehen, dass er die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs gefordert hat (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Dennoch hat er aber Verstösse mit der Anfechtbarkeit (Art. 706 OR) und nicht mit der Nichtigkeit (Art. 706b OR) belegt. Er hat die Rechtssicherheit (vorliegend insbesondere das Interesse an der Beständigkeit gefasster Generalversammlungsbeschlüsse) somit höher gewichtet als den Schutz des Einstimmigkeitserfordernisses.<sup>1252</sup> Diese Interessengewichtung lässt sich auch auf den Endzweck übertragen.

Auch praktische Gesichtspunkte sprechen für die Anfechtbarkeit. Ein Kleinstaktionär, der der Gesellschaft gleichgültig gegenübersteht, soll nicht durch sein Desinteresse das Schicksal der Gesellschaft in einer derart fundamentalen Ausrichtungsfrage blockieren können. Die Annahme der Nichtigkeit würde zu einer weitreichenden Immobilität der Gesellschaft führen. Insbesondere bei einem Streuaktionariat, wie es gerade bei Sportaktiengesellschaften zwecks Kapitalbeschaffung verbreitet praktiziert wird, ist es nicht möglich, die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs zu besorgen. Ansonsten könnte jedermann, der ein Interesse daran hat (was grundsätzlich auch Nichtaktionäre miteinschliesst), den Generalversammlungsbeschluss jederzeit mit Wirkung *ex tunc* für unwirksam erklären lassen.<sup>1253</sup> Für die Gesellschaft würde dies eine unhaltbare Rechtsunsicherheit bedeuten.

Im Ergebnis sind mithin nach der hier vertretenen Auffassung für die Aufgabe des Endzwecks dieselben Anforderungen einzuhalten wie für die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR ist folglich nicht direkt, wohl aber analog anwendbar.<sup>1254</sup>

<sup>1249</sup> BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 706b N 8 m.w.H.

<sup>1250</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 207.

<sup>1251</sup> BÜRGI, Art. 660, 661 N 16, der indessen den Begriff der Gewinnstrebigkeit mit demjenigen des wirtschaftlichen Endzwecks gleichsetzt.

<sup>1252</sup> Vgl. KNOBLOCH, S. 83 f.

<sup>1253</sup> BGE 137 III 460 E. 3.3 S. 465. Vgl. BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 706b N 6.

<sup>1254</sup> Diese Auffassung bedingt, dass sich die praktische Anwendbarkeit von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR nur auf Spezialfälle wie die genossenschaftliche Aktiengesellschaft oder die Mieter-Aktiengesellschaft beschränkt.

## 6. Verkauf mit Gewinn

### a) Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Aktien und Vertragsfreiheit

555 Der wirtschaftliche Endzweck wird durch das Verschaffen von vermögensrechtlichen Vorteilen für die Aktionäre realisiert. Dabei kommen hauptsächlich drei Wege in Frage. Dem Aktionär kann eine Dividende ausbezahlt werden, er kann bei Auflösung der Gesellschaft seinen Anteil am Liquidationsergebnis beanspruchen, und er kann seine Aktien zu einem höheren Preis<sup>1255</sup> an einen Dritten weiterverkaufen.<sup>1256</sup> Während es sich beim Recht auf Dividende (Art. 660 Abs. 1 OR) und auf Liquidationserlös (Art. 660 Abs. 2 OR) um *gesellschaftsinterne* Ansprüche handelt, ist der Weiterverkauf einer Beteiligung ein *gesellschaftsexterner* Vorgang. Das Aktienrecht respektiert diesen Vorgang durch den Grundsatz der *freien Übertragbarkeit der Aktien*.<sup>1257</sup> Eine Beschränkung der freien Übertragbarkeit und somit ein Eingriff in das Aussenverhältnis der Gesellschaft stellt im Grunde einen Widerspruch zum Aktienrecht dar.<sup>1258</sup> Darüber hinaus gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, wonach in den Schranken des Gesetzes Verträge mit beliebigem Inhalt abgeschlossen werden dürfen.<sup>1259</sup> Das Aktienrecht enthält keine Bestimmung, wonach die Aktie einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft nicht zu einem höheren Preis als zum Erwerbspreis weiterverkauft werden dürfte. Es fehlt somit *prima facie* an einer rechtlichen Grundlage, die den Weiterverkauf mit Gewinn verbieten würde.

### b) Verwirklichung des wirtschaftlichen Endzwecks durch Verkauf mit Gewinn?

556 Der Verkauf von Anteilen mit einem Gewinn bedeutet im Ergebnis nichts anderes als die Verwirklichung des wirtschaftlichen Endzwecks. Aktien können, auch wenn keine Dividenden zu erwarten sind, durchaus mit der wirtschaftlichen Motivation gehalten werden, dereinst einen Gewinn durch Weiterverkauf zu realisieren. Es stellt sich demnach die Frage, ob der Weiterverkauf von Aktien einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft mit Gewinn als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren ist.

557 Diese Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Zunächst ändert sich die Ausrichtung des Endzwecks durch einen Wechsel im Aktionariat nicht. Auch dem Erwerber bleibt es verwehrt, Dividenden oder andere vermögensrechtliche Vorteile aus der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu beziehen. Die Funktion des Aktienkapitals als Haftungssubstrat wird ebenso wenig tangiert. Zudem würde ein Verbot, die Aktien zu einem höheren Preis zu verkaufen, einem Verstoß gegen Art. 680 Abs. 1 OR

---

Dabei handelt es sich um Aktiengesellschaften mit wirtschaftlichem Endzweck, die aber keine Erwerbsgesellschaften sind. Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 11 zum Begriff *Erwerbsgesellschaft*.

<sup>1255</sup> Auch das Unternehmensinteresse, das hier mit dem Gesellschaftsinteresse gleichgesetzt wird, inkludiert die Pflicht zur Unternehmenswertsteigerung, siehe vorne N 74 ff.

<sup>1256</sup> Weitere Möglichkeiten, dem Aktionär einen vermögensrechtlichen Vorteil zu verschaffen, sind bspw. Vorzugsaktien, Genussscheine, Recht auf Bauzinsen (Art. 676 OR) und Recht auf Benutzung der Gesellschaftsanlagen.

<sup>1257</sup> Der Grundsatz wird in Art. 684 Abs. 1 OR festgehalten. Weiterführend KLÄY, S. 8 ff.

<sup>1258</sup> KLÄY, S. 10 f.

<sup>1259</sup> Art. 19 Abs. 1 OR.



gleichkommen, indem dem Aktionär eine Pflicht auferlegt würde, die über die Liberierungspflicht hinausgeht. Ein Rechtsmissbrauch liesse sich also in Bezug auf den Weiterverkauf mit Gewinn kaum rechtfertigen.

Die Verwirklichung des wirtschaftlichen Endzwecks durch den Verkauf von Aktientiteln zu einem höheren Betrag als zum Erwerbspreis ist demnach nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Für den Aktionär einer nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft bedeutet das, dass er durch den Verkauf des Klubs einen Gewinn realisieren kann.

558

## 7. Endzweckvinkulierung?

Auf dem Weg der Dividendenausschüttung und demjenigen der Liquidation können die Aktionäre einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft vermögensrechtlich nicht bessergestellt werden, auf dem Weg des Verkaufs der Aktien mit Gewinn hingegen schon.<sup>1260</sup> Ein praktisches Bedürfnis könnte hier darin bestehen, den Verkauf von Aktien mit Gewinn zu verbieten oder allgemein Neuaktionäre mit wirtschaftlichen Motiven von der Gesellschaft fernzuhalten. Für die vorliegende Arbeit stellt sich somit die Frage, ob der nichtwirtschaftliche Endzweck als Vinkulierungsklausel zu verstehen ist, die den Erwerb der Aktien durch einen Käufer, der an vermögensrechtlichen Vorteilen interessiert ist, unterbinden kann.

559

### a) Nichtwirtschaftlicher Endzweck als Vinkulierungsbestimmung

Obschon das Gesetz den Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Aktien stipuliert, sieht es mit den Vinkulierungsbestimmungen bedeutsame Ausnahmen vor.<sup>1261</sup> Durch das Rechtsinstitut der Vinkulierung kann die Gesellschaft – bzw. der für sie handelnde Verwaltungsrat – auf die Zusammensetzung des Aktionärskreises Einfluss nehmen.<sup>1262</sup> Die Formulierung von Vinkulierungsklauseln in den Statuten muss genügend bestimmt sein, so dass für Verkäufer und Käufer gleichermassen erkennbar ist, wann ein wichtiger Grund vorliegt, der zur Ablehnung der Eintragung ins Aktienbuch führen kann.<sup>1263</sup> Unklare Formulierungen gehen zulasten der Gesellschaft.<sup>1264</sup>

560

Der nichtwirtschaftliche Endzweck sagt per se nichts darüber aus, ob die Übertragbarkeit von Aktien eingeschränkt sein könnte oder nicht. Ohne ausdrückliche Vinkulierung dürfte nur schon aus formellen Gründen kein Aktienerwerber abgewiesen werden. Doch selbst wenn eine ausdrückliche Vinkulierungsbestimmung in die Statuten aufgenommen würde, bspw. «die Zustimmung kann verweigert werden,

561

<sup>1260</sup> Siehe soeben N 515 ff.

<sup>1261</sup> Die Würdigung der Zusammensetzung des Aktionärskreises setzt voraus, dass der Gesellschaft die Aktionäre und allfällige Aktionärswechsel überhaupt bekannt werden, weshalb die Vinkulierung nur bei Namenaktien in Frage kommt.

<sup>1262</sup> Vgl. dazu NAGEL, S. 192: «Die Vinkulierung dient einerseits dem Schutz der privaten Interessen der Aktionäre und andererseits den Interessen der Gesellschaft an der Wahrung der Zusammensetzung des Aktionärskreises.»

<sup>1263</sup> GERMANN, S. 594 f. m.w.H.; FORSTMOSER, Vinkulierung, S. 98.

<sup>1264</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 254; GERMANN, S. 594 f. m.w.H.

wenn der Erwerber die Aktien zu einem höheren Preis als zum Nominalwert erworben hat»,<sup>1265</sup> stellt sich die Frage, ob dadurch wirtschaftlich interessierte Aktionäre zum Schutze des nichtwirtschaftlichen Endzwecks in rechtlich zulässiger Weise von der Gesellschaft ferngehalten werden können.

- 562 Die Beschränkung der Übertragbarkeit ist nur für die im Gesetz vorgesehenen Fälle möglich. Art. 685b Abs. 2 OR nennt die beiden *wichtigen Gründe*, die angerufen werden können, um die Eintragung ins Aktienbuch zu verweigern. Ein wichtiger Grund kann entweder *im Hinblick auf den Gesellschaftszweck* oder auf die *wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens* gegeben sein. Hierbei handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung.<sup>1266</sup> Trifft keiner dieser zwei Gründe zu, kommt nur noch das Übernahmeangebot<sup>1267</sup> zum wirklichen Wert (*escape clause*) in Frage.
- 563 *Im Hinblick auf den Gesellschaftszweck* kann eine Ablehnung legitimiert sein, wenn die Person oder die Tätigkeit des anzuerkennenden Aktionärs mit dem Gesellschaftszweck unvereinbar ist.<sup>1268</sup> Mit *Gesellschaftszweck* ist hier der Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld und nicht im Sinne von Endzweck gemeint. Nur in Bezug auf das Tätigkeitsfeld können sachbezogene Ablehnungsgründe abgestützt werden.<sup>1269</sup> Ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 685b Abs. 2 OR ist demnach auch in Bezug auf die Fördertätigkeit zulässig, das heisst die konkrete Tätigkeit, die den nichtwirtschaftlichen Endzweck realisiert.<sup>1270</sup> Die innere Intention des Aktionärs – wenn der Erwerber der Titel vermögensrechtliche Vorteile anstrebt, statt nichtwirtschaftliche – steht jedoch in keinem sachbezogenen Zusammenhang mit dem Tätigkeitsfeld der Gesellschaft.
- 564 Auch im Hinblick auf die *wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens* ist vorliegend kein wichtiger Grund der Vinkulierung erkennbar. Die Wahrung der wirtschaftlichen Selbständigkeit stellt nämlich insbesondere dann einen wichtigen Grund dar, wenn Konkurrenten von einer Beteiligung an der Gesellschaft ferngehalten werden sollen.<sup>1272</sup> Konkurrenzverhältnisse sind aber ebenso auf das Tätigkeitsfeld bezogen, weshalb der nichtwirtschaftliche Endzweck für sich keinen Vinkulierungsgrund darstellen kann.<sup>1273</sup> Ein Konkurrenzverhältnis kann sich aber in Hinblick auf die *Fördertätigkeit* ergeben.
- 565 Die persönlichen Eigenschaften des Erwerbenden können folglich in Bezug auf die Gesellschaftstätigkeit einen Ablehnungsgrund darstellen, nicht jedoch in Bezug auf den Endzweck. Diese Differenzierung

---

<sup>1265</sup> Oder bspw.: «Die Zustimmung kann verweigert werden, wenn der Erwerber den nichtwirtschaftlichen Endzweck der Gesellschaft nicht mitträgt oder gefährden könnte.»

<sup>1266</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 245; GERMANN, S. 594 f. m.w.H.

<sup>1267</sup> Art. 685b Abs. 3 OR.

<sup>1268</sup> BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 685b N 4.

<sup>1269</sup> KLÄY, S. 147. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 263.

<sup>1270</sup> Vgl. diesbezüglich Art. 4 Abs. 2 der Statuten der *Schauspielhaus Zürich AG* vom 30. Januar 2013, einer Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck: «Die Namenaktien sind für Gemeinwesen, juristische Personen oder Privatpersonen bestimmt, die sich für den Betrieb eines Schauspieltheaters einsetzen oder in anderer Weise mit der Gesellschaft und ihrer kulturellen Zielsetzung verbunden sind.»

<sup>1271</sup> Bei Sportaktiengesellschaften ist insbesondere an das Verbot der *Multiple Club Ownership* zu denken, siehe hinten N 869 ff.

<sup>1272</sup> BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 685b N 5.

<sup>1273</sup> Ohne Weiteres zulässig ist demgegenüber eine Vinkulierungsbestimmung, die die Ablehnung von Personen vorsieht, die an einer anderen Sportaktiengesellschaft beteiligt sind. Siehe dazu *Multiple Club Ownership*, hinten N 869 ff.

lässt sich am folgenden Beispiel veranschaulichen: Der *Owner* einer Sportaktiengesellschaft möchte Anteile einer anderen Sportaktiengesellschaft erwerben. Diese Doppelrolle kann die Tätigkeit der Gesellschaft objektiv und unabhängig vom Endzweck beeinträchtigen. Demgegenüber würde es zu weit gehen, wenn sich der Verwaltungsrat auf rein subjektive Kriterien stützen und sich die Frage stellen müsste, ob ein Erwerber wirtschaftliche statt nichtwirtschaftliche Ziele vor Augen hat und dadurch die Selbständigkeit des Unternehmens oder den Gesellschaftszweck im Sinne von Tätigkeitsfeld gefährden könnte. Der nichtwirtschaftliche Endzweck (und namentlich auch der Weiterverkauf von Aktien mit Gewinn) kann demnach nicht Gegenstand einer Vinkulierung nach Art. 685 b Abs. 2 OR sein.

## b) *Escape clause* und wirklicher Wert

Die Gesellschaft hat die Möglichkeit, einen Erwerber ohne Angabe von Gründen abzulehnen, sofern sie ihm die Übernahme der Aktien zum *wirklichen Wert* anbietet.<sup>1274</sup> Auch diese Vinkulierung bedarf einer statutarischen Grundlage. Mit der sog. *escape clause*, bei der keine Gründe genannt werden müssen, lässt sich der Befürchtung Rechnung tragen, ein bestimmter Aktionär könnte versuchen, einen nachteiligen Einfluss auf den nichtwirtschaftlichen Endzweck auszuüben. Die Geltendmachung der *escape clause* erfordert bei Eingang des Gesuches um Eintragung ins Aktienbuch ein Übernahmeangebot der Gesellschaft (auf eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter) zum wirklichen Wert.<sup>1275</sup> Für die vorliegende Arbeit stellt sich insbesondere die Frage, von welchen Überlegungen die Bestimmung des wirklichen Werts bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft getragen wird.

Massgebend für die Ermittlung des wirklichen Werts ist ein objektivierter Wert (auch innerer Wert genannt).<sup>1276</sup> Dieser beinhaltet den Gesamtwert der Gesellschaft unter Einschluss des Substanz- und Ertragswerts.<sup>1277 1278</sup> Der verkaufende Aktionär soll dabei vermögensrechtlich so gestellt werden, als ob er Aktionär bliebe.<sup>1279</sup> Häufig wird dabei die sog. Praktikermethode, eine Kombination aus Substanz- und Ertragswert,<sup>1280</sup> angewandt.<sup>1281</sup> Nicht zwingend massgebend ist der zwischen Verkäufer und Käufer vereinbarte Kaufpreis. Dass ein Käufer aus subjektiven Gründen bereit ist, einen überhöhten Betrag zu zahlen, ist nicht entscheidend.<sup>1282</sup>

<sup>1274</sup> Art. 685b Abs. 4 OR.

<sup>1275</sup> Art. 685b Abs. 1 OR.

<sup>1276</sup> Vgl. BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 685b N 12 m.w.H. betreffend die Frage, ob subjektive Elemente wie ein Paketzuschlag oder ein Minderheitsabzug einbezogen werden sollen.

<sup>1277</sup> Der Ertragswert errechnet sich aus den Gewinnen vergangener Jahre und der abschätzbaren Gewinnsituation des laufenden Jahres, kapitalisiert mit dem angemessenen Kapitalisierungszinsfuß. Der Substanzwert beinhaltet die Bewertung der Aktiven abzüglich des Fremdkapitals, siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 223a, 232.

<sup>1278</sup> BGE 120 II 259 E. 2a S. 261 m.w.H.

<sup>1279</sup> BGE 120 II 259 E. 2c S. 263.

<sup>1280</sup> Die Praktikermethode beruht auf dem Mittel zwischen einfachem Substanzwert und doppeltem Ertragswert.

<sup>1281</sup> KLÄY, S. 190 f.

<sup>1282</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 143; KLÄY, S. 189.

- 568 Diese für die wirtschaftliche Aktiengesellschaft geltenden Grundsätze sind mit dem nichtwirtschaftlichen Endzweck nicht kompatibel. Die Unternehmensbewertung beruht auf der Annahme, dass dem Aktionär ein anteilmässiger Anspruch auf Gewinn und auf Liquidationserlös zusteht. Der Aktionär der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft hat aber keinen Anspruch auf bestehende oder zukünftige Vermögenswerte der Gesellschaft,<sup>1283</sup> sondern kann höchstens die Rückzahlung des einbezahlten Kapitals beanspruchen. Dies führt zur Schlussfolgerung, dass das einbezahlte Kapital dem wirklichen Wert der Gesellschaft entspricht. Eine solche Berechnung des inneren Werts könnte jedoch bei «gesunden» Gesellschaften zu einer unverhältnismässig tiefen Bewertung führen.
- 569 Der objektivierter, wirkliche Wert will in erster Linie die volle Entschädigung des Veräusserers sicherstellen und beruht auf einer vermögensrechtlich geprägten Betrachtungsweise. Geht es indessen um den Erwerb einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, stehen grundsätzlich keine vermögensrechtlichen Interessen auf dem Spiel.<sup>1284</sup> Aus diesem Grund rechtfertigt sich bei der Bewertung einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft die Mitberücksichtigung von subjektiven Momenten, bspw. wenn jemand aus persönlichen Gründen bereit ist, mehr zu zahlen, als rational begründbar wäre.<sup>1285</sup> Eine vollständig subjektive Bemessung des wirklichen Werts ist indessen abzulehnen, da dies einer willkürlichen Bewertung gleichkommen würde.
- 570 Bei der Ausübung des Ablehnungsrechts im Sinne von Art. 685b OR handelt es sich nicht um einen Willkürentscheid, sondern um einen operativen Entscheid des Verwaltungsrats, der dabei die Interessen der Gesellschaft zu wahren hat.<sup>1286</sup> Für den Fall, dass der Verwaltungsrat unter Berufung auf die *escape clause* die Eintragung ins Aktienbuch abgelehnt, sieht das Gesetz vor, dass die Gesellschaft und der gesuchstellende Erwerber sich über einen «Ablösebetrag» einigen.<sup>1287</sup> Erst wenn diese Verhandlungen gescheitert sind, kommt es zur Festlegung durch den Richter.<sup>1288</sup> Für den Erwerber<sup>1289</sup> einer Beteiligung an einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft besteht demnach bei Vorliegen einer *escape clause* eine erhebliche Unsicherheit betreffend den wirklichen Wert im Sinne von Art. 685b Abs. 1 OR.<sup>1290</sup>

<sup>1283</sup> In der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck herrscht das Verbot der Dividenden- und Schlussdividendenausschüttung, siehe dazu vorne N 515 ff.

<sup>1284</sup> Der (kaum messbare) Prestigegewinn, den ein Sportklubanteileigner allenfalls geniesst, kann immerhin als mittelbarer, vermögensrechtlicher Vorteil verstanden werden.

<sup>1285</sup> Dass Rationalitätsüberlegungen bei knappen Gütern oftmals keine grosse Bedeutung zukommen, zeigt das Beispiel der Auktion von Fahrzeugkontrollschildern. Tiefe Nummern erzielen regelmässig sechsstellige Erlöse, obschon alle Kontrollschilder die gleiche Funktionalität aufweisen und zudem regelmässig nicht an einen Dritten veräusserbar sind. Im Professional-Sport, der sich im Monopolbereich bewegt, besteht eine ähnliche systembedingte Knappheit, denn es würde Jahre oder Jahrzehnte dauern und Millionenbeträge erfordern, einen eigenen Klub aufzubauen und ihn in die oberste Spielklasse zu führen.

<sup>1286</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 203 f.

<sup>1287</sup> Vgl. Art. 685b Abs. 5 OR. Dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 221.

<sup>1288</sup> Art. 685b Abs. 5 OR.

<sup>1289</sup> Und wohl regelmässig auch für den Veräusserer, da die Unsicherheit über den wirklichen Wert in den Verhandlungen eine Rolle spielen dürfte.

<sup>1290</sup> Hat der Erwerber aus persönlichen Gründen – namentlich weil er ein Fan des Sportklubs ist – für die Beteiligung an der Sportaktiengesellschaft einen hohen Preis gezahlt, resultiert für ihn ein beträchtlicher Verlust, wenn der wirkliche Wert vom Richter nach wirtschaftlich rationalen Gesichtspunkten im Sinne des Substanz- und Ertragswerts auf den Nominalwert bemessen wird.

Umgekehrt eröffnet die *escape clause* der Gesellschaft die Möglichkeit, unliebsame Erwerber – welche den nichtwirtschaftlichen Endzweck aufgrund ihrer inneren Intention gefährden könnten – selbst bei Mitberücksichtigung von subjektiven Elementen zu einem unter Umständen sehr günstigen Preis fernzuhalten.<sup>1291</sup> Für Aktionäre einer nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft bedeutet eine *escape clause* zweierlei: Erstens lässt sich unter Umständen ein Verkauf mit Gewinn nicht realisieren, weil die Aktien zum tiefen wirklichen Wert von der Gesellschaft übernommen werden. Zweitens können bestehende Aktionäre, die den nichtwirtschaftlichen Endzweck durch den Eintritt neuer Aktionäre als gefährdet ansehen, durch die Aufnahme einer *escape clause* dem Verwaltungsrat ein Mittel verschaffen, um solche Neuaktionäre fernzuhalten.

### c) Zwischenergebnis

Der nichtwirtschaftliche Endzweck vermag für sich allein den formellen Anforderungen an eine Vinkulierungsbestimmung nicht zu genügen. Doch selbst wenn eine ausdrückliche Bestimmung über die Zusammensetzung des Aktionärskreises im *Hinblick auf den Gesellschaftszweck* oder auf die *wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens* in die Statuten aufgenommen wurde, lässt sich eine Ablehnung nicht mit den potentiell wirtschaftlichen statt nichtwirtschaftlichen Motiven des Erwerbers begründen. Ebenso wenig ist eine Statutenbestimmung zulässig, die den Weiterverkauf mit Gewinn verbietet. Demgegenüber lässt sich die Ablehnung auf Bedenken in Bezug auf die konkrete Gesellschaftstätigkeit (unternehmerische Tätigkeit und Fördertätigkeit) stützen. In jedem Fall möglich bleibt eine *escape clause*. Sie gibt dem Verwaltungsrat der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ein starkes Instrument in die Hände, da der *wirkliche Wert* selbst bei Mitberücksichtigung von subjektiven Elementen verhältnismässig tief ausfällt und die Finanzierung der Übernahme realisierbar wird.

571

## 8. Weitere Aspekte

Neben den soeben besprochenen Punkten, die für die Aktionäre bedeutsame Konsequenzen haben, enthält das Aktienrecht weitere Bestimmungen, welche in der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck nicht zur Anwendung kommen können, ohne dass sich ein Widerspruch zur nichtwirtschaftlichen Finalität ergeben würde. So ist für Vorzugsaktien,<sup>1292</sup> Genussscheine<sup>1293</sup> und Gründervorteile,<sup>1294</sup> die regelmässig auf vermögensrechtliche Vorteile einzelner Aktienkategorien abzielen, in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft kein Platz.<sup>1295</sup> Zudem verlieren alle weiteren Bestimmungen, die mit der

572

<sup>1291</sup> So bspw., wenn der Verwaltungsrat die Meinung vertritt, es gehe einem Erwerber nicht um die ideellen Ziele der Gesellschaft, sondern um die Verwirklichung wirtschaftlicher Absichten.

<sup>1292</sup> Art. 654 f. OR.

<sup>1293</sup> Art. 657 OR.

<sup>1294</sup> Art. 628 Abs. 3 OR.

<sup>1295</sup> Immerhin sind Genussscheine und Gründervorteile für Dritte, welche keine Aktionärsstellung haben, denkbar.

Dividendenausschüttung in Zusammenhang stehen, ihren Sinn, da es die Dividendenausschüttung in der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck nicht gibt.<sup>1296</sup>

- 573 Eine weitere Frage ist, woran die Inhaber von Partizipationsscheinen einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft nach Art. 656a ff. OR partizipieren sollten. Abgesehen von Kontroll- und Informationsrechten ist keine Funktion mehr ersichtlich.<sup>1297</sup> Ungeklärt ist schliesslich auch, wie eine Fusion zwischen einer nichtwirtschaftlichen und einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ablaufen soll, bspw. in Bezug auf Entschädigungsfragen wie Ausgleichszahlungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 FusG.<sup>1298</sup>

## 9. Zwischenergebnis und Würdigung

- 574 Es ist an dieser Stelle in Erinnerung zu rufen, dass die meisten Aktionäre von Sportaktiengesellschaften nicht an vermögensrechtlichen Vorteilen interessiert sein dürften.<sup>1299</sup> Dennoch gibt es auch Aktionäre, die explizit vermögensrechtliche Vorteile anstreben, und wohl auch solche, die bei einer positiven Entwicklung des Geschäftsumfelds auf ihre ursprünglich ideellen Interessen zurückkommen würden.
- 575 Das Dividendenausschüttungsverbot kann aus der Perspektive von Aktionären, namentlich auch von Mäzenen, sowohl als Vor- als auch als Nachteil gewertet werden. Der Nachteil ist darin zu erblicken, dass durch die grundsätzliche Unabänderlichkeit des nichtwirtschaftlichen Endzwecks vom einmal eingeschlagenen Weg nicht abgewichen werden kann. Auch wenn sich entgegen der heutigen Entwicklung das Markumfeld freundlicher präsentieren würde und eine Unternehmenswertsteigerung realisiert werden könnte, wären diese Mehrwerte unwiderruflich dem nichtwirtschaftlichen Endzweck vorbehalten.
- 576 Gerade darin kann aber auch ein Vorteil gesehen werden, denn durch ein Dividendenausschüttungsverbot verlieren die Titel der Sportaktiengesellschaft weitgehend an Attraktivität für potentielle Investoren mit rein wirtschaftlichen Interessen. Gerade im Sport, wo Mäzene auch aufgrund des Klumpenrisikos angehalten sind, frühzeitig eine Nachfolgeregelung zu treffen, kann so sichergestellt werden, dass sich nur solche Investoren für die Übernahme interessieren, die andere als rein wirtschaftliche Ziele verfolgen.
- 577 Die direkte Förderzweckverfolgung führt dazu, dass die Aktionäre an Macht verlieren, indem sie alle Kompetenzen, die im Zusammenhang mit einem ausschüttbaren Überschuss stehen, nicht wahrnehmen können. Sofern die Sportaktiengesellschaft von einem Alleinaktionär oder einer kleineren

---

<sup>1296</sup> So Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR betreffend gesetzliche Reserven; Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR betreffend Angabe des Beginns der Dividendenberechtigung; Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR betreffend Festlegung der Dividende durch die Generalversammlung.

<sup>1297</sup> Vgl. Art. 656a Abs. 2 OR. Solche Rechte sind bspw.: Anspruch auf Einberufung der Generalversammlung, auf Auskunft und Einsicht, auf Beantragung der Sonderprüfung oder auf Erhebung der Verantwortlichkeitsklage. Zudem können die Statuten den Partizipanten einen Anspruch auf Einsitz im Verwaltungsrat der Gesellschaft einräumen (Art. 656e OR).

<sup>1298</sup> Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301).

<sup>1299</sup> Siehe vorne N 129 ff.

Anteilsinhaberschaft beherrscht wird,<sup>1300</sup> kann die Kontrolle über die personelle Besetzung des Verwaltungsrats ausgeübt werden, weshalb der beschriebene Machtverlust vernachlässigbar ist.

Gerät eine Sportaktiengesellschaft indessen in Schieflage, kann sich der nichtwirtschaftliche Endzweck als K.O.-Kriterium erweisen. Wird nämlich zwecks Sanierung dringend ein neuer Hauptaktionär gesucht, scheiden alle potentiellen Geldgeber aus, die sich nicht dem absoluten Dividendenausschüttungsverbot unterwerfen wollen. Selbst wenn eine Endzweckänderung zurück zum wirtschaftlichen Endzweck ausnahmsweise zulässig wäre, könnten Streuaktionäre dem im Wege stehen.<sup>1301</sup>

Der Verkauf der Titel mit Gewinn bleibt zwar immer noch möglich, indessen dürften die Unmöglichkeit einer Ausschüttung und ebenso die fehlende Partizipation an einem Liquidationsgewinn einen signifikanten Einfluss auf den Kaufpreis haben. Gerade eine *escape clause* kann in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ein Mittel darstellen, unliebsame Erwerber fernzuhalten. Denn weil sich die Unternehmenswertberechnung nach objektiven Kriterien bemisst, wird die Übernahme zum wirklichen Wert finanzierbar.

Wenn der Mäzen und Alleinaktionär als faktisches Organ Einfluss nimmt, um seine sportlichen Ambitionen zu verfolgen, verletzt er dennoch das Gesellschaftsinteresse der Sportaktiengesellschaft als selbstständige Rechtsperson und kann sich haftbar machen. Sollte er tatsächlich nicht an wirtschaftlichen, sondern an sportlichen Zielen interessiert sein, ist er gut beraten, den nichtwirtschaftlichen Endzweck statutarisch festzuschreiben.

## IV. Bedeutung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks für andere Interessengruppen

### 1. Revisionsstelle

Die Ausführungen in Kapitel 2 haben ergeben, dass sich die Revisionsstelle grundsätzlich nicht mit der Geschäftsführung und der Wirtschaftlichkeit rein sportlich motivierter Dispositionen zu befassen hat. Lediglich in krassen Fällen, etwa bei offenkundiger Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks, die einer faktischen Endzweckänderung und somit einer Statutenverletzung gleichkommt, hat sie aktiv zu werden und in ihrem Bericht auf die Verstösse hinzuweisen bzw. Anzeige an die Generalversammlung zu erstatten. Zudem hat sie zu prüfen, ob der Gewinnverwendungsbeschluss der Generalversammlung mit dem Endzweck vereinbar ist.<sup>1302</sup>

Nimmt eine Sportaktiengesellschaft, die zuvor unter wirtschaftlicher Endzweckausrichtung sportliche Ziele verfolgt hat, einen nichtwirtschaftlichen Endzweck an, stimmen faktischer und statutarischer Endzweck überein. Die Revisionsstelle muss sich fortan nicht mehr mit der Frage befassen, ob eine

---

<sup>1300</sup> Dies dürfte auf den Grossteil der Schweizer Sportaktiengesellschaften zutreffen.

<sup>1301</sup> Zulässig wäre die Umwandlung einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft, da relativ leicht nachgewiesen werden könnte, dass keine unter der Fahne der Nichtwirtschaftlichkeit erwirtschafteten Mittel zweckentfremdet würden.

<sup>1302</sup> Siehe vorne N 325 ff.

Endzweckänderung ohne gleichzeitige Änderung der Statuten stattgefunden hat. Auch eine Zuwendung der Gesellschaft an einen Dritten – selbst als Ausschüttungsbeschluss durch die Generalversammlung – wäre in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft statutenkonform möglich. Vorausgesetzt ist jedoch, dass der Mittelabgang im Einklang mit dem Förderinteresse steht. Umgekehrt wäre ein Ausschüttungsbeschluss zugunsten der Aktionäre rechts- und statutenwidrig und von der Revisionsstelle zu beanstanden. In Bezug auf die Haftung und die Überprüfung der Forderungen gegenüber Nahestehenden ergibt sich demgegenüber im Aufgabenbereich der Revisionsstelle keine Änderung, denn bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft sind Klumpenrisiken gleichermassen möglich. Im Ergebnis zeitigt der Endzweck – abgesehen von der offensichtlichen faktischen Endzweckänderung – keine nennenswerten Auswirkungen auf die Pflichten der Revisionsstelle.

## 2. Gesellschaftsgläubiger

### a) Einfluss des nichtwirtschaftlichen Endzwecks auf die Rechtstellung der Gesellschaftsgläubiger

583 Die Gesellschaftsgläubiger haben weder einen Anspruch auf Gewinnstrebigkeit noch auf einen wirtschaftlichen Endzweck ihrer Schuldnerin.<sup>1303</sup> Eine Endzweckänderung bzw. die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit kann zwar das Risikoprofil der Sportaktiengesellschaft verändern, doch ist der Gläubiger davor nicht zu schützen. Solange die Gesellschaft aufrecht steht, sind die Gesellschaftsgläubiger im Hinblick auf Risikoüberlegungen nicht in einer Weise betroffen, die zusätzlichen Schutz rechtfertigen würde. Kommt die Gesellschaft ins Schwanken, übernimmt die Bestimmung von Art. 725 OR den Schutz der Gesellschaftsgläubiger.<sup>1304</sup> Der Endzweck hat folglich grundsätzlich keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger. Fraglich bleibt einzig noch, ob eine ausbleibende Reservenbildung die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger in rechtlich relevanter Weise beeinträchtigt.

### b) Fehlende Reservebildung im Besonderen

584 Wird der Förderzweck einer Sportaktiengesellschaft durch den Verwaltungsrat direkt verfolgt, so wird der erzielbare Gewinn bspw. für die Meisterstrategie ausgegeben, bevor es überhaupt zu einem ausgewiesenen Jahresgewinn kommt. In dieser Konstellation ist fraglich, ob die Bestimmungen über die Bildung von gesetzlichen Reserven<sup>1305</sup> in unzulässiger Weise umgangen werden. Gemäss Art. 671 OR ist ein Teil des Jahresgewinns der allgemeinen, gesetzlichen Reserve zuzuweisen.<sup>1306</sup> Die Ratio dieser Bestimmung kann darin gesehen werden, dass die Gesellschaft bei gutem Geschäftsgang zur Bildung eines

---

<sup>1303</sup> Das ergibt sich bereits aus Art. 620 Abs. 3 OR sowie aus der ausdrücklichen Möglichkeit der Gründung einer Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck.

<sup>1304</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 340.

<sup>1305</sup> Gesetzliche Reserven sind Reserven gemäss Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 OR. Die Bildung freiwilliger Reserven kann die Gesellschaft durch eine entsprechende Statutenregelung vorschreiben oder im Rahmen von Art. 674 Abs. 2 OR beschliessen.

<sup>1306</sup> Die Voraussetzungen lassen sich aus Art. 671 OR entnehmen; gemäss Abs. 1 sind 5 % des Jahresgewinns der allgemeinen Reserve zuzuweisen, bis diese 20 % des Jahresgewinns erreicht hat.



Polsters für schlechtere Zeiten gezwungen wird.<sup>1307</sup> Eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, deren Verwaltungsrat den Förderzweck direkt verfolgt, ohne dass der Generalversammlung je ein Gewinn zur Disposition vorgelegt wird, vereitelt dieses Ziel in eindeutiger Weise.<sup>1308</sup> Gerade bei Sportaktiengesellschaften dürfte es daher kaum je zur Bildung gesetzlicher Reservebildung kommen.<sup>1309</sup>

Daraus lässt sich aber nicht ohne Weiteres eine unzulässige Umgehung der Reservebildungsvorschriften ableiten. Reserven haben die gleiche Wirkung wie das Gesellschaftskapital.<sup>1310</sup> Dieses stellt eine Sperrquote bzw. einen Sollbetrag dar, der verhindert, dass die Gesellschaft ihr Vermögen in beliebigem Umfang freiwillig vermindert.<sup>1311</sup> Hauptfunktion ist dabei die Sicherstellung der Haftungsbasis für die Gesellschaftsgläubiger.<sup>1312</sup> Zudem wird durch die Reservebildungsvorschriften dem Umstand Rechnung getragen, dass die Aktionäre gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht haften.<sup>1313</sup> Die Sperrquote darf deshalb nur dann verringert werden, wenn es das Gesetz ausdrücklich erlaubt.<sup>1314</sup> Sind die gesetzlichen Mindestanforderungen an die Kapitalisierung einer Aktiengesellschaft – gemäss Art. 621 OR mindestens CHF 100'000.00 – erfüllt, besteht aber keine darüber hinausgehende Pflicht, zusätzliches Gesellschaftskapital zu bilden.

Wirtschaftet eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck erfolgreich und verwendet sie die Mehrwerte zur direkten Förderzweckverfolgung, ist immerhin zu konstatieren, dass es auch bei gutem Geschäftsgang nicht zur Bildung von Reserven kommt. Anders als die Gesellschaftsgläubiger einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft, die Dividenden ausschüttet, können Gesellschaftsgläubiger einer solchen Gesellschaft nicht vom Schutz der zwingenden Reservenbildung und somit auch nicht von der Schaffung von zusätzlichem Haftungssubstrat profitieren.<sup>1315</sup> Ein rechtlicher Anspruch der Gläubiger wird dadurch aber nicht begründet. Der Gesetzgeber hat es für genügend erachtet, wenn Aktiengesellschaften über ein Aktienkapital von CHF 100'000.00 verfügen, und hat es deshalb unterlassen, eine vom Gewinn unabhängige Reservebildungspflicht einzuführen. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft zur Bildung von Gesellschaftskapital verpflichtet sein soll, während eine gewöhnliche, wirtschaftliche Aktiengesellschaft, die keine Gewinne erwirtschaftet, sich mit ihrem Sperrkapital begnügen darf.<sup>1316</sup>

<sup>1307</sup> Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 671 Abs. 3 OR, wonach allgemeine Reserven nur verwendet werden dürfen zur Deckung von Verlusten oder für Massnahmen, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsgangs das Unternehmen über die Runden zu bringen und der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken bzw. deren Folgen zu mildern. Vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 107.

<sup>1308</sup> Vgl. dazu LASSERRE, S. 75.

<sup>1309</sup> HÄUPTLI, S. 169.

<sup>1310</sup> HANDSCHIN, Rechnungslegung, N 818.

<sup>1311</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 60.

<sup>1312</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 66.

<sup>1313</sup> LASSERRE, S. 37.

<sup>1314</sup> Bspw. bei Kapitalherabsetzung gemäss Art. 732 OR oder bei Auflösung von Reserven nach Art. 671 Abs. 3 OR.

<sup>1315</sup> Vgl. LASSERRE, S. 75.

<sup>1316</sup> Vgl. LASSERRE, S. 107.

587 In der Endzweckänderung und in der direkten Förderzweckverfolgung liegt somit auch keine unzulässige Umgehung der Reservebildungsvorschriften.

### 3. Steuern

588 Der wirtschaftliche Endzweck verlangt grundsätzlich eine gewinnstrebige Geschäftsführung. Rechtsbeziehungen sind dabei so zu gestalten, dass sie im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft liegen. Nichtwirtschaftlich motivierte Dispositionen geraten in Konflikt mit dem steuerrechtlichen Grundsatz *«dealing at arm's length»*. Der nichtwirtschaftliche Endzweck kann indessen für Aktivitäten im Rahmen der Fördertätigkeit gerade ein Abweichen von diesem Grundsatz fordern. Im Folgenden ist darauf einzugehen, inwiefern ein nichtwirtschaftlicher Endzweck die in Kapitel 2 aufgezeigten steuerrechtlichen Konsequenzen zu beeinflussen vermag.<sup>1317</sup>

#### a) Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung

589 Die Ausführungen in Kapitel 2 haben ergeben, dass bei der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck Zuwendungen der Gönner mit Aktionärsstellung entweder als steuerbare Schenkungen oder als Kapitaleinlagen qualifiziert werden können. Entscheidend ist das Motiv, das heisst, ob die entsprechende Zuwendung zwecks Konsums oder als Investition hingegeben wurde.<sup>1318</sup>

590 Anders als ein Zuschuss eines Aktionärs bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft führt die Zuwendung in die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft grundsätzlich nicht zu einem Wertzuwachs der Beteiligung des Aktionärs. Der vermögensrechtliche Anspruch des Aktionärs der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft – wenn überhaupt ein solcher vorgesehen ist – beschränkt sich auf die Höhe des liberierten Aktienkapitals. Da keine Dividenden ausgeschüttet werden dürfen, ist ein späterer *«return on investment»* ausgeschlossen. Für die Qualifikation als Kapitaleinlage fehlt es demnach an der Entgeltlichkeit. Ausserdem besteht durch den fehlenden synalagmatischen Rechtsgrund des Zuschusses die Gefahr der Schenkungssteuerpflicht.

591 Im Zusammenhang mit der Schenkungssteuer rechtfertigt sich ein Vergleich mit der Besteuerung von Vereinen und Stiftungen. Zuwendungen an Vereine und Stiftungen, die nicht steuerbefreit sind, werden generell von der Schenkungs- und Erbschaftssteuer erfasst. Sollte es zutreffen, dass Zuwendungen an eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck als Kapitaleinlage qualifiziert, dieselben Zuwendungen an einen Verein oder eine Stiftung aber Schenkungssteuern auslösen würden, hätte dies in den meisten Kantonen eine stossende Ungleichbehandlung zur Folge.<sup>1319</sup>

592 Gegen die Annahme einer Schenkung und *für* die Qualifikation als Kapitaleinlage sprechen demgegenüber folgende Argumente: Zunächst zeigt ein Blick ins Stempelsteuergesetz, dass selbst bei

---

<sup>1317</sup> Siehe vorne N 341 ff.

<sup>1318</sup> Siehe vorne N 345 ff.

<sup>1319</sup> Die Emissionsabgabe beträgt gemäss Art. 8 Abs. 1 a StG 1 %. Demgegenüber ist bspw. im Kanton Zürich gemäss § 22 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 lit. f. ESchG ZH für Zuwendungen an juristische Personen von mehr als CHF 660'000.00 eine Steuer von 42 % geschuldet.

nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften eine emissionsabgabepflichtige Kapitaleinlage nicht ausgeschlossen ist. Art. 6 Abs. 1 lit. a StG regelt ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen die Steuerbefreiung für *gemeinnützige* Aktiengesellschaften gewährt werden kann. Das StG geht also davon aus, dass sogar bei gemeinnützigen Aktiengesellschaften eine Kapitaleinlage grundsätzlich möglich ist, obschon der Aktionär keinen wirtschaftlichen Gegenwert erhält. Mit anderen Worten wird die Zuwendung des Aktionärs einer potentiell gemeinnützigen Aktiengesellschaft zunächst als Kapitaleinlage qualifiziert und dann in einem zweiten Schritt anhand der Kriterien von Art. 6 Abs. 1 lit. a StG geprüft, ob von der Erhebung der Emissionsabgabe abgesehen werden kann.

Auch praktische Überlegungen rechtfertigen eine Qualifikation als Kapitaleinlage. Gerät nämlich eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck in finanzielle Schieflage, sollte das Recht aus sozialpolitischen Gründen eine Sanierung erleichtern. Gerade durch die teilweise sehr hohen Schenkungssteuersätze der Kantone könnte eine Sanierung jedoch gefährdet werden. Die Problematik der Kapitaleinlage könnte bspw. auch durch eine Kapitalerhöhung mit gleichzeitiger Kapitalherabsetzung (sog. Harmonikasanierung) umgangen werden. Bei einem solchen Vorgang lässt sich die Qualifikation als Schenkung kaum vertreten, zumindest nicht im Umfang des Nominalwerts der Kapitalerhöhung.<sup>1320</sup> Im Ergebnis hätte der Aktionär jedoch frische Mittel in die Gesellschaft eingebracht, welche für den Förderzweck konsumiert werden können.<sup>1321</sup>

Bei genauer Betrachtung gerät auch die Annahme der Unentgeltlichkeit des Gönnerbeitrags des Aktionärs ins Schwanken. Der «*return on investment*» besteht hier einfach in Form von ideellen Erträgen. Der Aktionär erhält demnach zwar keinen *materiellen* Gegenwert, wohl aber einen *immateriellen*. Er setzt Kapital für einen bestimmten Zweck ein, genauso wie es der Aktionär einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft auch tut. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, in einem Fall eine Emissionsabgabe von lediglich einem Prozent und im anderen eine Schenkungssteuer von bis zu 42 Prozent (so im Kanton Zürich) fiskalisch abzuschöpfen.<sup>1322</sup> Die Kapitaleinlage ist auch nicht zur Verfolgung endzweckwidriger Ziele bestimmt, sondern dient dem statutarischen und tatsächlich verfolgten Zweck. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch in der wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft, die rechtlich und faktisch eine vermögensrechtliche Besserstellung ihrer Aktionäre beabsichtigt, Zuwendungen von Aktionären als Kapitaleinlagen zu qualifizieren sind.<sup>1323</sup>

Die Rechtslage präsentiert sich nach dem Gesagten unklar. Im Zentrum steht die Frage, ob aus dem Blickwinkel des Steuerrechts eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft als Kapitalpumpe für die Verfolgung ideeller Ziele verwendet werden kann oder ob Zuwendungen, die der Förderzweckverfolgung dienen, als unentgeltlich und schenkungssteuerpflichtig zu erachten sind. Nach der hier vertretenen

<sup>1320</sup> Demgegenüber könnte die Prüfung der Situation bei einem allfälligen Agio zum gegenteiligen Ergebnis führen, wenn das Agio nicht als Kapitalreserve verbucht wird und der Zuwendungsgrund in der Förderzweckverfolgung besteht.

<sup>1321</sup> In der Praxis zeichnen sich manche Sportaktiengesellschaften durch eine hohe Kadenz an Kapitalerhöhungen aus. So bspw. die Hockey Club Ambri Piotta SA, die seit der Gründung im Jahr 2002 insgesamt zehn Kapitalerhöhungen vollzogen hat. Ebenso die ZLE Betriebs AG mit sieben Kapitalerhöhungen in den letzten zwanzig Jahren.

<sup>1322</sup> Siehe Art. 8 Abs. 1 a StG und § 22 Abs. 1 sowie § 23 Abs. 1 lit. f. ESchG ZH.

<sup>1323</sup> Siehe vorne N 346 f.

Auffassung überwiegen die Argumente, die auf eine Kapitaleinlage hindeuten, so dass eine Schenkungssteuer bei Zuschüssen der Aktionäre der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft abzulehnen ist. Diese Sichtweise macht die nichtwirtschaftliche (nicht gemeinnützige) Aktiengesellschaft zu einem steuerrechtlich attraktiven Finanzierungsvehikel für die Verfolgung ideeller Ziele. Eine Klärung der Rechtslage durch den Gesetzgeber wäre indessen wünschenswert.

### **b) Zuwendungen von nahestehenden Gesellschaften**

- 596 Dem Anteilsinhaber der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft drohen Einkommenssteuern auf seinem Beteiligungsertrag und zusätzlich eine Steuerbelastung nach dem Verrechnungssteuergesetz, falls die Zuwendung durch eine von ihm kontrollierte Gesellschaft erfolgt. Bei der Leistungserbringerin droht gleichzeitig die steuerliche Korrekturmassnahme der Gewinnaufrechnung.<sup>1324</sup> Hält ein Mäzen bspw. eine Gastronomiegesellschaft, die die Verpflegung rund um die Spiele des Klubs besorgt, und erfolgen hieraus Zuwendungen in Richtung Sportaktiengesellschaft, die dem steuerrechtlichen Drittvergleich nicht standhalten, riskiert er selbst Einkommenssteuerfolgen, während seiner Gastronomiegesellschaft allenfalls Verrechnungssteuern und Gewinnsteuern auferlegt werden. Der Sportaktiengesellschaft drohen zudem Schenkungssteuern oder die Emissionsabgabe.<sup>1325</sup>
- 597 Der nichtwirtschaftliche Endzweck der Sportaktiengesellschaft vermag diesbezüglich nichts zu ändern, da durch den genannten Vorgang der wirtschaftliche Endzweck der nahestehenden Gesellschaft und nicht derjenige der Sportaktiengesellschaft selbst verletzt wird. Eine Endzweckprogrammierung kann indessen bei der nahestehenden Gesellschaft prüfenswert sein. Verfügt diese nämlich über einen nichtwirtschaftlichen Endzweck, sind zum Vornherein keine Dividendenausschüttungen an den Mäzen möglich, womit auch Einkommenssteuern auf Beteiligungsertrag und Verrechnungssteuerfolgen ausser Betracht fallen.<sup>1326</sup> Ebenso kommt es zu keiner Gewinnaufrechnung bei der leistenden nahestehenden Gesellschaft, soweit die Leistung von deren Förderzweck gedeckt und somit als geschäftsmässig begründeter Aufwand zu qualifizieren ist.<sup>1327</sup> Erbringt die Sportaktiengesellschaft keine Gegenleistung, sind bei ihr wiederum Schenkungssteuern denkbar.<sup>1328</sup>

---

<sup>1324</sup> Siehe vorne N 351.

<sup>1325</sup> Siehe vorne N 350 ff.

<sup>1326</sup> Werden die Schwestergesellschaft nicht von einer natürlichen Person, sondern bspw. von einer Holdinggesellschaft gehalten, gelangt die *modifizierte Dreieckstheorie* zur Anwendung, welche die Einkommenssteueraufrechnung beim Anteilsinhaber der Holding ausschliesst, siehe vorne N 352.

<sup>1327</sup> Siehe zum geschäftsmässig begründeten Aufwand sogleich N 602 ff.

<sup>1328</sup> Für gewöhnlich kann es keine Schenkungen zwischen zwei Kapitalgesellschaften geben, da immer davon ausgegangen wird, es handle sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung. Bei entsprechender Förderzweckprogrammierung kann es indessen für die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft gerade möglich sein, eine Schenkung zu erbringen. Demgegenüber bleibt bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft im Rahmen des Unternehmensinteresses kein Raum für Schenkungen.

### c) Zuwendungen von Gönnern ohne Aktionärsstellung: Gemeinnützigkeit?

Unentgeltliche Zuwendungen von Gönnern ohne Aktionärsstellung sind als Schenkungen im Sinne des Zivil- und des Steuerrechts zu qualifizieren.<sup>1329</sup> Eine Möglichkeit, von Schenkungssteuern befreit zu werden, könnte sich ergeben, wenn der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft der Status der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit zuerkannt wird.<sup>1330</sup> Dies würde insbesondere auch dazu führen, dass Gönner die Zuwendung von ihren Einkommenssteuern bzw. bei juristischen Personen von der Gewinnsteuer in Abzug bringen könnten.<sup>1331</sup>

598

Juristische Personen können von der Steuerpflicht befreit werden, wenn sie «gemeinnützige oder öffentliche» Zwecke verfolgen und ihr Vermögen unwiderruflich und ausschliesslich solcher Ziele gewidmet haben.<sup>1332</sup> Was ein «gemeinnütziger» oder «öffentlicher» Zweck konkret sein soll, lässt sich dem DBG und StHG nicht entnehmen. Gemäss dem KS ESTV-Steuerbefreiung und den SSK-Praxishinweisen müssen in Bezug auf den gemeinnützigen Zweck «Allgemeininteresse» und «Uneigennützigkeit» gegeben sein.<sup>1333</sup> Das Allgemeininteresse kann etwa durch karitatives, humanitäres, erzieherisches oder wissenschaftliches Engagement verfolgt werden.<sup>1334</sup> Dient der Förderzweck aber der Befriedigung eigener Interessen, etwa der Pflege von Freizeitaktivitäten, ist darin ein eigennütziger Motivationshintergrund erkennbar.<sup>1335</sup> Der «öffentliche Zweck» wird restriktiv ausgelegt, was eine enge Anlehnung an die jeweilige Staatsaufgaben fordert.<sup>1336</sup> In Bezug auf Sportvereine wird angenommen, sie verfolgten in erster Linie die Interessen ihrer Mitglieder (das heisst, sie agieren «mitgliedernützig»).<sup>1337</sup> Dies kann, selbst wenn mittelbar eine öffentliche Aufgabe – wie bspw. Sportförderung – wahrgenommen wird, zu keiner Steuerbefreiung führen.<sup>1338</sup>

599

Für die schweizerischen Sportaktiengesellschaften ist der steuerrechtliche Status der Gemeinnützigkeit demnach nicht zu erreichen.<sup>1339</sup> Immerhin ist am 1. Januar 2018 das Bundesgesetz über die Gewinnbesteuerung von juristischen Personen mit ideellen Zwecken in Kraft getreten, welches juristische

600

<sup>1329</sup> Art. 239 OR im Zivilrecht und ESchG ZH als Beispiel für ein kantonales Gesetz.

<sup>1330</sup> § 10 lit. f ESchG ZH.

<sup>1331</sup> Für natürliche Personen Art. 33a DBG und Art. 9 Abs. 2 lit. i StHG. Für juristische Personen Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG und Art. 25 Abs. 1 lit. c StHG.

<sup>1332</sup> Art. 56 lit. g DBG und Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG.

<sup>1333</sup> KS ESTV-Steuerbefreiung, Ziff. II. 3a und II. 3b; SSK-Praxishinweise, Ziff. 2.II.

<sup>1334</sup> KS ESTV-Steuerbefreiung, Ziff. II. 3a.

<sup>1335</sup> KS ESTV-Steuerbefreiung, Ziff. II. 3b; eine Steuerbefreiung wäre demgegenüber dann denkbar, wenn der Zweck darin besteht, Jugendliche – die nicht Mitglieder des Sportklubs sind – an einen Sport heranzuführen, so dass die Förderung von Kindern und Jugendlichen im Sinne von Art. 11 BV das hauptsächliche Ziel ist (SSK-Praxishinweise, Ziff. 9.IV).

<sup>1336</sup> KS ESTV-Steuerbefreiung, Ziff. II. 4.

<sup>1337</sup> Vgl. KOLLER, S. 454.

<sup>1338</sup> Vgl. KS ESTV-Steuerbefreiung, Ziff. IV, wonach dasselbe für politische Parteien und andere Vereinigungen mit ideeller Zwecksetzung gilt.

<sup>1339</sup> Dasselbe gilt für den Stammverein. Selbst wenn Nachwuchsförderung betrieben wird, sind es die Vereinsmitglieder, die vom Vereinszweck profitieren, und nicht beliebige Dritte.

Personen, deren Gewinne ausschliesslich und unwiderruflich ideellen Zwecken gewidmet sind,<sup>1340</sup> im Umfang von höchstens CHF 20'000.00 von der Gewinnsteuer befreit.<sup>1341</sup> Dass Schweizer Sportklubs den Steuerstatus der Gemeinnützigkeit grundsätzlich nicht erlangen können, ist bei rechtsvergleichender Betrachtung eher überraschend, wird doch sowohl in Deutschland als auch in Österreich dem *Idealverein* grundsätzlich die steuerrechtliche Gemeinnützigkeit zuerkannt.<sup>1342</sup>

- 601 Zuwendungen von Gönnern ohne Aktionärsstellung sind demnach unabhängig vom Endzweck gleich zu behandeln und lösen grundsätzlich Schenkungssteuern bei der Sportaktiengesellschaft aus.<sup>1343</sup>

#### **d) Zuwendungen der Sportaktiengesellschaft an Dritte: Abzugsfähiger Aufwand?**

- 602 Die Zuwendung der Sportaktiengesellschaft an den Nachwuchsverein kann bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu Gewinnaufrechnung, beim Stammverein zu Schenkungssteuern und beim Anteilsinhaber zur Einkommenssteuer auf Beteiligungsertrag führen.<sup>1344</sup> Zusätzlich sind Verrechnungssteuerfolgen denkbar. Handelt es sich bei der Sportaktiengesellschaft dagegen um eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, die statutarisch die Förderung des Nachwuchsvereins vorsieht, ist sie nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, Leistungen an den Nachwuchsverein zu erbringen. Aufgrund des Dividendenausschüttungsverbots kann hier der Vorwurf, der Mäzen und Mehrheitsaktionär hätte sich zuerst selber eine Dividende ausschütten lassen müssen, um diese in einem zweiten Schritt «aus der eigenen Tasche» dem Nachwuchsverein zuzuwenden, nicht mehr erhoben werden. Eine Einkommenssteuer auf Beteiligungsertrag beim Anteilseigner fällt somit ausser Betracht. Für die Schenkungssteuerpflicht des Stammvereins ist der Endzweck der Sportaktiengesellschaft demgegenüber bedeutungslos. Zu prüfen bleibt noch, ob die Zuwendung an die Nachwuchsorganisation bei der nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft zu einer Gewinnaufrechnung führen kann.
- 603 Unterstützungsbeiträge an den Stammverein, aber auch ideell motivierte Vergabungen an Dritte können vom Förderzweck gedeckt sein und verkörpern dann die Finalität der Gesellschaft sowie letztlich den Sinn ihrer Existenz. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht handelt es sich dabei um einen Vorgang, der im Zuge der aktiven Interessenwahrungspflicht vom Verwaltungsrat gefordert wird. Von der zivilrechtlichen Zulässigkeit kann indessen nicht ohne Weiteres auf die steuerrechtliche Zulässigkeit geschlossen werden. Zwischen Zivil- und Steuerrecht besteht zwar eine enge Interdependenz, doch kommt dem Steuerrecht dennoch eine gewisse Autonomie zu, vom Zivilrecht abweichende Qualifikationen

---

<sup>1340</sup> Bemerkenswert ist, dass ohne Weiteres davon ausgegangen wird, die Widmung von Gesellschaftsmitteln sei bei der Aktiengesellschaft möglich. Vgl. dazu Botsch. Gewinnbesteuerung, 5278.

<sup>1341</sup> Bundesgesetz über die Gewinnbesteuerung von juristischen Personen mit ideellen Zwecken, BBl 2014, 2947 f. Dabei wird je eine neue Bestimmung in das DBG (Art. 66a) und in das StHG aufgenommen (Art. 26a). Siehe dazu Botsch. Gewinnbesteuerung, 5369 ff.

<sup>1342</sup> Zur Situation in Deutschland HEERMANN, S. 1259 f.; PAULI, S. 302 ff.; PUNTE, S. 48 f. Zur Situation in Österreich FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, S. 35 f.; REISINGER, S. 147 f.

<sup>1343</sup> Für eine Sportaktiengesellschaft kann bei einer Vielzahl von Gönnern der schenkungssteuerliche Freibetrag von entscheidender Bedeutung sein. Im Kanton Zürich sind bspw. «übliche Gelegenheitsgeschenke, die den Wert von je Fr. 5'000 nicht übersteigen», von der Schenkungssteuer befreit (§ 12 lit. c ESchG ZH).

<sup>1344</sup> Siehe vorne N 355 ff.

vorzunehmen.<sup>1345</sup> Aus steuerrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die Zuwendung einen geschäftsmässig begründeten Aufwand im Sinne von Art. 59 DBG darstellt oder ob es sich um einen von der Gesellschaft übernommenen Privataufwand des Aktionärs handelt.

Wann ein abzugsfähiger Aufwand vorliegt, wird vom Gesetz nicht näher definiert. Inwiefern ein Aufwand als geschäftsmässig begründet gilt, ist eine materielle Frage, die durch die Betriebswirtschaftslehre beantwortet werden muss,<sup>1346</sup> wobei der Einzelfall unter Würdigung aller Umstände zu prüfen ist. Nicht jede einzelne Aufwendung braucht notwendig zu sein; vielmehr genügt es, wenn ein objektiver Zusammenhang mit der Unternehmenstätigkeit gegeben ist. Ob eine Aufwendung geschäftsmässig begründet ist oder nicht, orientiert sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung am Gesellschaftszweck.<sup>1347</sup> Die Aufwendungen müssen in guten Treuen erbracht worden und darauf ausgerichtet sein, den Geschäftszweck zu erfüllen.<sup>1348</sup> Es ist dabei nicht die Aufgabe der Steuerbehörde, über die unternehmerische Zweckmässigkeit eines Entscheides zu befinden. Für sie muss wesentlich sein, ob ein bestimmtes Geschäft mit dem Ziel eingegangen wurde, Gewinn für die Gesellschaft zu erzielen. Dies hat sie grundsätzlich im Lichte des Drittvergleichs zu prüfen.<sup>1349</sup> Letzterer geht von ökonomischen Gesichtspunkten aus, so dass teilweise postuliert wird, die geschäftsmässige Begründetheit sei dann gegeben, wenn die Aufwendung in einem kausalen Zusammenhang zum verfolgten *Zweck der Gewinnerzielung* stehe.<sup>1350</sup> Um die steuerliche Gleichbehandlung zu gewährleisten, wird namentlich von NEUHAUS gefordert, alle Kapitalgesellschaften seien aus steuerrechtlicher Optik grundsätzlich als gewinnstrebig zu behandeln; auf jeden Fall müssten sie aber auf sich selbst ausgerichtet sein, das heisst, sie dürften sich nicht in den Dienst eines Dritten stellen.<sup>1351</sup> Das Steuerrecht stützt sich nach dieser Auffassung stets auf das Prinzip der Gewinnstrebigkeit.<sup>1352</sup> Aus steuerrechtlicher Sicht könne infolgedessen eine verdeckte Gewinnausschüttung (und wohl auch eine freiwillige Leistung an Dritte)<sup>1353</sup> vorliegen, obschon die Disposition aus handelsrechtlicher Sicht statutenkonform ist.<sup>1354</sup> So seien verdeckte Gewinnausschüttungen bei nicht gewinnstrebigem Aktiengesellschaft, obwohl handelsrechtlich zulässig, dennoch aufgrund steuerrechtlicher Korrektornormen aufzurechnen.<sup>1355</sup> Dieser Überlegung ist in Bezug auf die *nicht gewinnstrebig*

<sup>1345</sup> NEUHAUS, Erfahrungen, S. 985.

<sup>1346</sup> LOCHER, DBG-Kommentar, Art. 59 N 7.

<sup>1347</sup> Urteil des BGer 2C\_862/2011 vom 13. Juni 2012 E. 2.3. Vgl. auch Urteil des BGer 2A.358/2002 vom 29. November 2002 E. 3.2, wonach geschäftsmässige Begründetheit dann gegeben ist, wenn die Aufwendung in einem kausalen Zusammenhang zum verfolgten Zweck der Gewinnerzielung steht.

<sup>1348</sup> VGr ZH 20.4.2016, SB.2015.00073 E. 2.2.

<sup>1349</sup> REICH/WALDBURGER, S. 229.

<sup>1350</sup> Urteil des BGer 2A.358/2002 vom 29. November 2002 E. 3.2. Vgl. auch BRÜLISAUER/GULER, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 59 N 3.

<sup>1351</sup> NEUHAUS, Erfahrungen, S. 990, wonach anerkannt sei, dass es einer Gesellschaft – bei Beachtung des zwingenden Gesellschaftsrechts – gestattet ist, sich in den Dienst eines Dritten zu stellen oder überhaupt nichtwirtschaftliche Ziele zu verfolgen.

<sup>1352</sup> NEUHAUS, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 54; kritisch dazu LOCHER, Unternehmenssteuerrecht, S. 311.

<sup>1353</sup> Siehe zur verdeckten Gewinnausschüttung im Handels- und im Steuerrecht LOCHER, Unternehmenssteuerrecht, S. 301 ff.

<sup>1354</sup> NEUHAUS, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 55; SPÖRRI, § 23 N 100; kritisch dazu LOCHER, Unternehmenssteuerrecht, S. 311.

<sup>1355</sup> HEUBERGER, S. 175; KRATZ, S. 164; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54; SPÖRRI, § 23 N 100 ff.

Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck zuzustimmen. Indessen wird dadurch die Frage, wie es sich bei der *nichtwirtschaftlichen* Aktiengesellschaft verhält, die keine vermögensrechtliche Besserstellung ihrer Aktionäre bezweckt, nicht berührt.

- 605 Falls die Aktionäre wirtschaftlich nicht von der Gesellschaftstätigkeit profitieren, weil ein nichtwirtschaftlicher Endzweck verfolgt wird, ist eine Aufrechnung des Gewinns weder gestützt auf Handels- noch auf Steuerrecht gerechtfertigt.<sup>1356</sup> Die zivilrechtlich korrekt erstellte Handelsbilanz ist zudem grundsätzlich auch für die Steuerbehörden bindend (dies ergibt sich aus dem Massgeblichkeitsprinzip in Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG).<sup>1357</sup> Das steuerrechtliche Korrekturbedürfnis zielt nämlich nur auf Zuwendungen an Aktionäre und Nahestehende ab.
- 606 Diese Betrachtungsweise wird durch einen Blick auf die juristischen Personen des ZGB gestärkt. Dort wird «*direkte Förderzweckverfolgung*» im genannten Sinne auch bei der Stiftung<sup>1358</sup> und beim Verein als geschäftsmässig begründeter Aufwand akzeptiert. Insbesondere der Vergleich mit dem Verein, der als juristische Person ebenfalls gemäss Art. 24 StHG und Art. 57 ff. DBG besteuert wird,<sup>1359</sup> zeigt die Wirkung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks auf. In Bezug auf Gewinnausschüttungen und Zuwendungen ist nämlich im Vereinsrecht – wie auch bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft – eine beteiligungsrechtliche Nähe zu einer Person ausgeschlossen, da der Verein grundsätzlich keine Gewinnausschüttungen an die Mitglieder vornehmen darf.<sup>1360</sup> Die Mittelverwendung für Dritte ergibt sich im Vereinsrecht zudem aus dem Vereinszweck und ist somit statutarisch nicht nur legitimiert, sondern auch intentioniert.<sup>1361</sup> Alle Aufwendungen, die im objektiven Zusammenhang mit der Verfolgung des Vereinszwecks stehen, sind als geschäftsmässig begründet zu qualifizieren. Aufwendungen im Vereinsrecht sind demnach in grösserem Umfang zulässig als solche bei Kapitalgesellschaften.<sup>1362</sup> Genau so ist auch bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck die Grenze des geschäftsmässig begründeten Aufwands weiter zu ziehen als bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft.
- 607 Im Ergebnis kann die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft zu Dispositionen, die bei einer wirtschaftlichen Gesellschaft nicht als geschäftsmässig begründet angesehen werden können, statutarisch

---

<sup>1356</sup> Urteil des BGer vom 26.11.1993 E. 1, in: ASA 51, S. 538 ff. Vgl. auch HEUBERGER, S. 175 f., der zu Recht darauf hinweist, dass dies in Konzernverhältnissen nicht der Fall sei und dass deshalb bei der Tochtergesellschaft, die sich voll in den Dienst der Muttergesellschaft stellt, eine steuerrechtliche Korrektur vorzunehmen und der steuerbare Gewinn aufzurechnen sei. Die unterworfenen Konzerntochter, die zugunsten der Muttergesellschaft keinen Gewinn realisiert, verfolgt nämlich keinen nichtwirtschaftlichen Endzweck, sondern verwirklicht ihre Finalität, indem der Muttergesellschaft auf andere Weise als durch Dividendenausschüttung vermögensrechtliche Vorteile verschafft werden.

<sup>1357</sup> BRÜLISAUER/GULER in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 59 N 2; HEUBERGER, S. 166.

<sup>1358</sup> Vgl. Urteil des BGer vom 4. März 2002 E. 3.3 f., in: ASA 72, S. 295 ff., wonach eine Familienstiftung (die im Gegensatz zu einer gemeinnützigen Stiftung von keiner Steuerbefreiung profitiert) Zuwendungen an die Destinatäre, sofern diese im Einklang mit dem Stiftungszweck stehen, als geschäftsmässig begründeten Aufwand abziehen kann.

<sup>1359</sup> SCHERRER/GRETER, S. 42.

<sup>1360</sup> SCHERRER/GRETER, S. 49 f.

<sup>1361</sup> Vgl. SCHERRER/GRETER, S. 50.

<sup>1362</sup> SCHERRER/GRETER, S. 50 f.



verpflichtet werden. Dem steuerrechtlichen Abzug steht diesfalls nichts im Wege.<sup>1363</sup> Ein solcher Geschäftsvorgang kann nämlich nicht als «freiwillig» bezeichnet werden und ist somit von den freiwilligen gemeinnützigen Zuwendungen abzugrenzen. Gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG sind freiwillige Leistungen, die in Form von Geld und übrigen Vermögenswerten an steuerbefreite Einrichtungen erbracht werden, bis zu 20 Prozent des Reingewinns von der Steuerpflicht befreit.<sup>1364</sup> Diese Bestimmung ist auf «echt freiwillige», gegenleistungslose Vermögenszuwendungen anwendbar.<sup>1365</sup> Sind Zuwendungen an Dritte indessen vom Gesellschaftsinteresse gedeckt, weil sie dem Förderzweck entsprechen oder einen Werbecharakter aufweisen,<sup>1366</sup> stellt sich die Frage nach einer abzugsfähigen Zuwendung im Sinne von Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG von vornherein nicht.<sup>1367</sup>

Verfügt die Gesellschaft jedoch über einen wirtschaftlichen Endzweck und sind die getätigten Zuwendungen überhaupt nicht mehr vertretbar, so dass als wahrer Grund der Zuwendung ein Näheverhältnis zum Aktionär angenommen werden muss, droht der Gesellschaft die Gewinnaufrechnung.<sup>1368</sup> Die Begründung eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks kann folglich dazu führen, dass ideell motivierte Dispositionen an Dritte als geschäftsmässig begründet angesehen werden, wohingegen bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft eine verdeckte Gewinnverwendung anzunehmen wäre.<sup>1369</sup>

608

#### e) Weitere steuerrechtliche Konsequenzen

Der nichtwirtschaftliche Endzweck einer Aktiengesellschaft kann neben den erwähnten Bereichen weitergehende Wirkung auf das Steuerrecht entfalten. So führt der *Dividenden-* und *Schlussdividendenaus-*  
*schluss* dazu, dass der Aktionär keine vermögensrechtlichen Vorteile aus der Gesellschaft ziehen kann. Dies wiederum kann in einer stark abweichenden Einschätzung des wirklichen Werts der Beteiligung

609

<sup>1363</sup> Vgl. Urteil des BGer vom 26.11.1993 E. 4a, in: ASA 51, S. 538 ff.; NEUHAUS, Verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 28 f. Vgl. auch HEUBERGER, S. 231.

<sup>1364</sup> Siehe dazu aber KOLLER, S. 470, der darauf hinweist, dass bei fehlendem Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck Zuwendungen an gemeinnützige Organisationen als Privataufwand des Anteilsinhabers und somit als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert werden können.

<sup>1365</sup> BRÜLISAUER/GULER in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 59 N 63.

<sup>1366</sup> Siehe zum Werbecharakter bei gemeinnützigen Zuwendungen BRÜLISAUER/GULER in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 59 N 63.

<sup>1367</sup> Zu berücksichtigen ist, dass Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG insbesondere auf personenbezogene Gesellschaften zugeschnitten ist, da es bei Kapitalgesellschaften nicht im selben Masse zu einer Vermischung von privaten und gesellschaftlichen Interessen kommt. Vgl. dazu BRÜLISAUER/GULER in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 59 N 64.

<sup>1368</sup> Gemäss dem Entscheid VGr ZH, 15.12.1989, SB 89/50 ist der Umstand, dass ein Aktionär über seine Aktiengesellschaft eine Pferdezucht pachtet, wobei der Betrieb einer solchen nicht vom Gesellschaftszweck abgedeckt ist, als gewichtiges Indiz für eine verdeckte Gewinnausschüttung zu werten ist. Als verdeckte Gewinnausschüttung müsse eine Aufwendung dann angesehen werden, wenn sie – würde sie direkt vom Aktionär ausgeübt – als Liebhaberei erscheine. Dies sei dann der Fall, wenn die Zucht über zwölf Jahre Verluste ausweise und keine Aussichten auf baldige Gewinne bestehe. Vgl. auch Urteil des BGer 26. November 1993 E. 3b, in: ASA 64, S. 224 ff. betreffend Zuwendungen an einen gemeinnützigen Zweck, die nicht mehr der Gesellschaft, sondern vielmehr der persönlicheren Interessenlage des Beherrschenden zuzurechnen seien.

<sup>1369</sup> A.M. SPÖRRI, § 23 N 103, wonach es für die Ausrichtung des Zwecks unbeachtlich sein soll, ob es sich um einen wirtschaftlichen oder ideellen Zweck handelt.

resultieren<sup>1370</sup> und tiefere Vermögenssteuern nach sich ziehen. Weiter sind bei einem Verkauf privat gehaltener Aktien an einen Käufer, der die Aktien zu Geschäftsvermögen erwirbt, die gefürchteten Steuerfolgen der *indirekten Teilliquidation* bzw. der *Transponierung* obsolet, da auch für den neuen Aktionär ein Dividendenausschüttungsverbot gilt.<sup>1371</sup>

#### f) Zwischenergebnis

- 610 Rechtsunsicherheit besteht bei der Frage, ob die Zuwendung des Aktionärs einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft eine Kapitaleinlage oder eine Schenkung darstellt. Die jeweiligen Steuerfolgen unterscheiden sich signifikant und eine Klärung dieser Frage durch den Gesetzgeber wäre wünschenswert. Die Steuerproblematik bei Zuwendungen von nahestehenden Gesellschaften kann dadurch entschärft werden, dass der Endzweck der nahestehenden Gesellschaft nichtwirtschaftlich programmiert und die Zuwendungen an die Sportaktiengesellschaft somit legitimiert werden. Allerdings läuft die Sportaktiengesellschaft Gefahr, für empfangene Zuwendungen Schenkungssteuern zahlen zu müssen. Nicht denkbar ist nach geltendem Recht eine Steuerbefreiung der Sportaktiengesellschaft aufgrund von Gemeinnützigkeit. Die nichtwirtschaftliche Sportaktiengesellschaft kann aber, sofern dies mit dem Förderzweck vereinbar ist, Leistungen an Dritte erbringen und dies als geschäftsmässig begründeten Aufwand steuerrechtlich abziehen. Zusätzlich hat der Aktionär nicht zu befürchten, die Begünstigung des Dritten könne als Übernahme eines Privataufwands qualifiziert werden<sup>1372</sup> und bei ihm zu Einkommenssteuern auf Beteiligungsertrag führen. Ebenso erübrigt sich eine Verrechnungssteuerproblematik, da es in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft keine Dividendenausschüttung gibt. Damit zusammenhängend können sich weitere steuerrechtliche Konsequenzen ergeben, namentlich eine tiefere Bewertung der Beteiligung und infolgedessen ein tieferer Vermögenssteuerwert.

---

<sup>1370</sup> Siehe vorne N 566 ff.

<sup>1371</sup> Die steuerrechtliche indirekte Teilliquidation beruht, vereinfacht ausgedrückt, auf folgender Überlegung: Will sich ein Aktionär erwirtschaftete Substanz aus der Gesellschaft ausschütten lassen, schuldet er darauf Einkommenssteuer auf Beteiligungsertrag im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. c und Art. 7 Abs. 1 StHG. Er soll diese Steuerpflicht nicht dadurch umgehen können, indem er, statt sich den erwirtschafteten Ertrag auszuschütten, diesen sozusagen auf den Verkaufspreis seiner Beteiligung draufschlägt und der Erwerber den Kaufpreis somit aus einer späteren Ausschüttung des ausschüttbaren Ertrags finanziert. Dem Verkäufer droht in einem solchen Fall die steuerrechtliche Umqualifizierung von steuerfreiem Kapitalgewinn (aus dem Verkauf der Beteiligung) in einen steuerpflichtigen Kapitalertrag. Siehe dazu BGE 115 Ib 249 E. 4e S. 254. Bei der Transponierung erfolgt der Verkauf der Titel an eine Gesellschaft, die zu über 50 % vom Verkäufer selbst gehalten wird. Siehe dazu BGE 115 Ib 256 E. 3c S. 260.

<sup>1372</sup> Selbst bei Zuwendungen an gemeinnützige Organisationen kann eine Disposition als Privataufwand qualifiziert werden, wenn sie mit dem Gesellschaftszweck in keinem Zusammenhang steht. Siehe dazu KOLLER, S. 470.

#### 4. Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit

Freiwilliger und ehrenamtlicher Einsatz ist im Umfeld von Sportklubs von grosser praktischer Bedeutung. Würde der wirtschaftliche Endzweck einer Sportaktiengesellschaft realisiert, ist damit zu rechnen, dass die Bereitschaft, «Gratisarbeit» für den Klub zu leisten, wegfällt oder zumindest erheblich sinkt.<sup>1373</sup>

611

Der nichtwirtschaftliche Endzweck rückt die Sportaktiengesellschaft demgegenüber wieder näher an die ehemals in der Rechtsform des Vereins zum Ausdruck kommende ideelle Natur des Sports. Dadurch verschiebt sich die Kompassnadel der Gesellschaft von materiellen hin zu ideellen Wertvorstellungen.<sup>1374</sup> Das Dividendenausschüttungsverbot stellt dabei eine Absicherung dar, dass der nichtwirtschaftliche Endzweck verwirklicht wird oder dass zumindest keine Klubeigner vermögensrechtliche Vorteile aus der Sportaktiengesellschaft ziehen können.<sup>1375</sup> Aus der Perspektive der Klubsympathisanten stellt die Perpetuierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks einen Anreiz dar, neu oder weiterhin ehrenamtliche bzw. freiwillige Leistungen an die Sportaktiengesellschaft zu erbringen. Auch psychologisch gesehen dürfte es für die Entscheidungsträger angenehmer sein, Klubsympathisanten zu unentgeltlichem Einsatz zu motivieren, wenn es letztlich um die Verfolgung von ideellen, sportlichen Zielen statt um die potentielle Bereicherungsabsicht von Aktionären geht. Durch den nichtwirtschaftlichen Endzweck verliert auch die Differenzierung zwischen dem Stammverein und der Sportaktiengesellschaft insofern an Bedeutung, als der Sportklub als Organisation<sup>1376</sup> insgesamt einen nichtwirtschaftlichen Endzweck verfolgt. Der mancherorts grösser werdende Graben zwischen dem Kreis der hilfsbereiten Personen im Stammverein und der Sportaktiengesellschaft kann so ein Stück weit überwunden werden. Der nichtwirtschaftliche Endzweck begünstigt demnach Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit.

612

#### 5. Sportförderung durch die öffentliche Hand

Sportklubs können unter Umständen von einer privilegierten Behandlung durch das Gemeinwesen profitieren. Namentlich können sie Empfänger von Förderleistungen sein oder bei der Benutzung von öffentlicher Infrastruktur oder bei der Übernahme von Sicherheitskosten bevorzugt behandelt werden. Solche Privilegierungen stehen regelmässig im Zusammenhang mit der ideellen Natur des Sports. Ein wirtschaftlicher Endzweck kann sich dabei negativ auf die Rechtsbeziehungen zur öffentlichen Hand auswirken.<sup>1377</sup>

613

Der nichtwirtschaftliche Endzweck gewährleistet, dass keine Aktionäre durch die Aktivität der Sportaktiengesellschaft vermögensrechtlich bessergestellt werden. Gleichzeitig besteht eine statutarische Garantie, dass tatsächlich ideelle, nichtwirtschaftliche Zwecke gefördert werden. Durch die privilegierte

614

<sup>1373</sup> Siehe vorne 363 ff.

<sup>1374</sup> Oder aber der ideelle Charakter bleibt gewahrt, falls die Sportaktiengesellschaft faktisch bereits einen nichtwirtschaftlichen Endzweck verfolgte.

<sup>1375</sup> Vgl. PACHMANN, S. 140 in Bezug auf die Ehrenamtlichkeit bei Sportverbänden.

<sup>1376</sup> Sportaktiengesellschaft und Stammverein werden regelmässig als Einheit wahrgenommen. Siehe dazu vorne N 106.

<sup>1377</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 366 ff.

Behandlung einer nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft fördert der Staat demnach mittelbar ideelle Interessen. Der Förderzweck der Sportaktiengesellschaft (namentlich die Verfolgung von sportlichen Zielen) nähert sich so an die öffentliche Aufgabe der Sportförderung an.<sup>1378</sup> Ebenso dürfte sich der nichtwirtschaftliche Endzweck positiv auf die Festlegung von Benutzungsgebühren öffentlicher Anlagen sowie auf die Bemessung der Kosten für Polizeileistungen auswirken.

- 615 Zu relativieren ist indessen, dass sich nicht alle sportlichen Ziele mit dem Sportförderungsverständnis des Gemeinwesens decken. Am Ausreizen der finanziellen Möglichkeiten, um sodann alle Erträge in den sportlichen Erfolg zu investieren (*«spending power»*), indem bspw. teure Spieler verpflichtet werden, ist seitens des Gemeinwesens kein Interesse vorhanden. Demgegenüber lassen sich durch Ausbau von sportlichen Anlagen und Infrastrukturen, die dann nicht nur von der Professional-Abteilung, sondern auch vom Nachwuchs und der Öffentlichkeit genutzt werden können, regelmässig Gelder der öffentlichen Hand beschaffen.<sup>1379</sup> Es ist insgesamt davon auszugehen, dass sich eine Endzweckänderung in eine Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck positiv auf das Verhältnis zur öffentlichen Hand auswirkt und die Verhandlungsposition der Sportaktiengesellschaft stärkt.

## 6. Dachverband

- 616 Der wirtschaftliche Endzweck der Sportaktiengesellschaften kann sich für den Dachverband als problematisch erweisen. In der Ausschüttung von Einnahmen aus der Zentralvermarktung kann nämlich unter Umständen ein im Vereinsrecht unzulässiger wirtschaftlicher Endzweck gesehen werden.<sup>1380</sup> Für den Dachverband steht in diesem Fall nicht weniger als die Anerkennung ihrer Rechtspersönlichkeit auf dem Spiel.<sup>1381</sup> Dies dürfte sich im Fussball deshalb zusätzlich akzentuieren, weil die SFL zwar eine «Abteilung» des SFV, im Grunde aber dennoch ein eigenständiger Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB ist und die Mitglieder ausschliesslich Sportaktiengesellschaften sind.<sup>1382</sup> Die SIHF hingegen vereinigt den Professional-, den Amateur- und den Juniorenbereich unter einem Dach.
- 617 Die Gefahr des unzulässigen wirtschaftlichen Vereinszwecks bestand vor der Einführung der Aktiengesellschaften als Rechtsträger der Sportklubs deshalb nicht, weil Klubs aufgrund ihrer damaligen Vereinsform ohnehin einen nichtwirtschaftlichen Endzweck verfolgen mussten. Würden nun die Sportaktiengesellschaften wieder einen nichtwirtschaftlichen Endzweck annehmen, könnte die nichtwirtschaftliche Natur des Dachverbands nicht mehr in Frage gestellt werden.
- 618 Dieser Zustand liesse sich bspw. durch eine verbandsrechtliche Pflicht begründen, wonach die Sportaktiengesellschaften als nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaften konstituiert sein müssen.<sup>1383</sup> Ob angesichts der fortschreitenden Kommerzialisierung der Weg zurück zum einheitlichen,

---

<sup>1378</sup> Siehe vorne N 366 ff.

<sup>1379</sup> Siehe vorne N 369.

<sup>1380</sup> Siehe vorne N 377 ff.

<sup>1381</sup> Siehe vorne N 381.

<sup>1382</sup> Siehe vorne N 113.

<sup>1383</sup> Siehe zur Abhängigkeit der Sportaktiengesellschaft vom Dachverband hinten N 823 ff.

nichtwirtschaftlichen Endzweck von Sportklubs realisierbar wäre, ist allerdings zu bezweifeln. Denn neben denjenigen Mäzenen, die mit ihrer Inhaberschaft keinen Gewinn beabsichtigen, wird es immer auch (über-)optimistische Investoren geben, die sich nicht nur Ruhm, sondern auch Rendite versprechen. Völlig abwegig ist die Idee vom nichtwirtschaftlichen Obligatorium indessen nicht. Immerhin stand der nichtwirtschaftliche Endzweck bis zur Jahrtausendwende und der Einführung der Rechtsformpflicht der Aktiengesellschaft ausser Frage.<sup>1384</sup> Auch der Umgang mit dem Endzweck in anderen europäischen Rechtsordnungen zeigt, dass die Problematik der finalen Ausrichtung eines Sportklubs nicht nur von theoretischer Bedeutung ist. So nimmt Frankreich mit der spezialgesetzlichen nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft *SAOS* oder Deutschland mit der umstrittenen «50+1-Regelung» im Fussball Einfluss auf den Endzweck von Sportkapitalgesellschaften.<sup>1385</sup>

Einmal abgesehen von der Problematik des unzulässigen wirtschaftlichen Verbandsendzwecks, dürfte es der Dachverband begrüßen, wenn die Sportaktiengesellschaften sportliche Ziele verfolgen und insbesondere die Entwicklung und Stellung ihrer Sportart fördern. Solche Ambitionen decken sich mit dem Zweck von Dachverbänden,<sup>1386</sup> während allfällige Dividendenausschüttungen an Aktionäre von Sportaktiengesellschaften dem Dachverband keinen Nutzen bringen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass für den Dachverband das Risiko, als unzulässiger Verein mit wirtschaftlichem Endzweck qualifiziert zu werden, mit zunehmender Anzahl nichtwirtschaftlicher Sportaktiengesellschaften sinkt. Die Verfolgung von ideellen, sportlichen statt wirtschaftlichen Zielen seitens der Klubs liegt zudem nahe am Verbandsinteresse und ist auch aus diesem Grund für den Dachverband begrüssenswert.

## V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, die keine vermögensrechtliche Besserstellung der Aktionäre anstrebt und stattdessen nichtwirtschaftliche, ideelle Ziele anstrebt. Sie ist als typische Aktiengesellschaft zu qualifizieren, muss aber nicht begriffsnotwendig gemeinnützig im Sinne des Steuerrechts sein. Die in der laufenden Aktienrechtsrevision vorgesehene Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR bewirkt keine materiellrechtlichen Änderungen. Insbesondere ändert sich an der Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Endzweck nichts.<sup>1387</sup>

Bei Betrachtung der internen Organisation der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft kann zum einen danach unterschieden werden, ob die unternehmerische Tätigkeit auf die Erzielung eines betrieblichen Überschusses gerichtet ist oder nicht (Gewinnorientierung). Zum andern kann die Förderzweckverfolgung eigennütziger Natur sein, was der Fall ist, wenn ideelle Interessen der Gesellschafter befriedigt

<sup>1384</sup> Siehe vorne N 98 f.

<sup>1385</sup> Siehe vorne N 102.

<sup>1386</sup> Siehe hinten N 808 f.

<sup>1387</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 401 ff.

werden, oder sie kann einen uneigennützigen Charakter aufweisen, was dann zutrifft, wenn von der Gesellschaft unabhängige Dritte Empfänger der Förderleistung sind.<sup>1388</sup>

623 Die Konstituierung als nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft erfordert eine ausdrückliche statutarische Festlegung. Unklare, nicht eindeutige Formulierungen vermögen aufgrund von Verkehrs- und Vertrauensschutzüberlegungen keinen nichtwirtschaftlichen Endzweck zu begründen. Für den Verwaltungsrat und die Aktionäre, aber auch für Gesellschaftsgläubiger und Dritte sowie für den Staat muss der nichtwirtschaftliche Endzweck unzweifelhaft aus den Statuten ersichtlich sein (Grundsatz der Klarheit).<sup>1389</sup>

624 Im Gegensatz zum wirtschaftlichen Endzweck, bei welchem gesetzlich festgelegt ist, was mit dem erwirtschafteten Gewinn geschehen soll (Beschlussfassung über Dividendenausschüttung durch die Generalversammlung), muss bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft festgelegt werden, wofür der erzielte bzw. erzielbare Überschuss konkret verwendet werden soll (Bestimmtheit des Förderzwecks). Die Förderzwecktätigkeit ist von der gewinnorientierten, unternehmerischen Tätigkeit, der regelmässig gleichzeitig nachgegangen wird, zu unterscheiden. Wird in einem ersten Schritt Gewinn aus rein unternehmerischer Tätigkeit erzielt und dieser erst in einem zweiten Schritt dem Förderzweck zugewendet, kann von *indirekter Förderzweckverfolgung* gesprochen werden. Besteht demgegenüber zwischen der unternehmerischen Tätigkeit und der Fördertätigkeit ein sachlicher Zusammenhang und wird der Förderzweck dabei laufend mitverfolgt, so dass an sich erzielbarer Gewinn nicht realisiert wird, liegt *direkte Förderzweckverfolgung* vor.<sup>1390</sup>

625 Der nichtwirtschaftliche Endzweck kann sich aus dem Zweckartikel durch eine ausdrückliche Nennung (etwa «die Gesellschaft verfolgt keinen wirtschaftlichen Endzweck») oder aus einer anderen Statutenbestimmungen ergeben (namentlich aus der Bestimmung über die Gewinnverwendung). Ausnahmsweise kann er auch direkt aus der Förderzweckformulierung hervorgehen, sofern dabei ausgeschlossen werden kann, dass vermögensrechtliche Vorteile für die Aktionäre bezweckt werden. Durch Aktionärsbindung lässt sich ein nichtwirtschaftlicher Endzweck nicht rechtsgültig vereinbaren.<sup>1391</sup>

626 Für den Verwaltungsrat bedeutet die Konstituierung als nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft insbesondere eine Veränderung des Gesellschaftsinteresses. Für den Bereich der unternehmerischen Tätigkeit hat der Verwaltungsrat – wie bei einem wirtschaftlichen Endzweck – auf das langfristige, dauernde Gedeihen der Unternehmung hinzuwirken. Demgegenüber darf und muss er gegebenenfalls für den Bereich der Fördertätigkeit vom Unternehmensinteresse abweichen. In jedem Fall trifft ihn keine selbständige Pflicht zur Steigerung des Unternehmenswerts. Das Gesellschaftsinteresse der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ist die *langfristige und nachhaltige, bestmögliche Förderzweckverfolgung*. Bei der Verfolgung von sportlichen Zielen ist der Sport nicht mehr das «Mittel zum Zweck», sondern der Selbstzweck. «Mittel zum Zweck» ist hier das Unternehmen, welches die Erfüllung der nichtwirtschaftlichen, sportlichen Ziele ermöglichen soll. Dieser fundamentale Unterschied verändert

---

<sup>1388</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 414 ff.

<sup>1389</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 422 ff.

<sup>1390</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 436 ff.

<sup>1391</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 443 ff., 449 ff.

die Sportaktiengesellschaft in ihrer Grundstruktur, auch wenn sich von aussen betrachtet das wirtschaftliche Gebaren nicht wesentlich von dem einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft unterscheiden dürfte. Die Sportaktiengesellschaft strebt zwar nicht nach maximalem Gewinn bzw. Wertsteigerung, versucht jedoch ihre «*spending power*» zu maximieren, um den maximalen sportlichen Erfolg zu begünstigen.<sup>1392</sup>

Die wettkampfbezogenen, rein sportlichen Ziele, die unter dem wirtschaftlichen Endzweck nur im Rahmen des Unternehmensinteresses verfolgt werden dürfen, sind unter dem nichtwirtschaftlichen Endzweck unbedenklich, sofern nicht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft auf dem Spiel steht. Ohne wirtschaftliche Not ist kein Anlass gegeben, den freiwilligen Abstieg in eine tiefere Liga zu prüfen. Weiter ist die Teilnahme an sportlich interessanten Wettkämpfen auch dann möglich, wenn sie sich wirtschaftlich nachteilig auswirkt. Spieler dürfen, falls es auch aus sportlicher Sicht gerechtfertigt ist, für Wettkämpfe mit anderen Mannschaften freigegeben werden; und schliesslich ist auch die Verpflichtung von «überteuerten Spielern» – im Rahmen der Finanzierbarkeit – zulässig.<sup>1393</sup>

Sportliche Ziele im weiteren Sinne, wie Nachwuchsförderung und soziokulturelle Ziele, können – soweit sie vom Förderzweck abgedeckt sind – ohne Weiteres verfolgt werden. Konkrete sportlich motivierte Disposition bedürfen keiner äquivalenten Gegenleistung mehr, wie es unter dem Diktat des Unternehmensinteresses notwendig wäre.<sup>1394</sup>

Der nichtwirtschaftliche Endzweck bewirkt zudem, dass der Verwaltungsrat bei der Wahrnehmung der Finanzverantwortung ein strukturelles Defizit in gewissen Grenzen tolerieren darf. Ebenso darf er sich auf die Einnahme von Gönnerbeiträgen in einem vernünftigen Ausmass verlassen, es sei denn, es kommt dadurch zu einer unzulässigen Risikokonzentration. Ein Klumpenrisiko ist nämlich auch bei der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck unzulässig.<sup>1395</sup>

Der nichtwirtschaftliche Endzweck kann sich auch auf eine allfällige Strafbarkeit des Verwaltungsrats auswirken. Durch die Änderung des Gesellschaftsinteresses ändert sich inhaltlich die Pflicht des Verwaltungsrats, das Vermögen der Aktiengesellschaft zu verwalten, so dass bei rein sportlich motivierten Dispositionen keine Verletzung von Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung) mehr in Betracht kommt. Solange der faktische dem rechtlichen Endzweck entspricht, besteht diesbezüglich auch keine Gefahr mehr, gegen Art. 152 StGB (unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden) und Art. 153 StGB (unwahre Angaben über kaufmännisches Gewerbe) zu verstossen. Durch die Endzweckänderung in eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft lässt sich somit das strafrechtliche Risiko des Verwaltungsrats insgesamt reduzieren.<sup>1396</sup>

Für die Aktionäre bringt ein nichtwirtschaftlicher Endzweck einschneidende Einschränkungen mit sich. Zunächst gilt in der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ein Dividendenausschüttungsverbot. Einbezahltes Kapital kann, wenn statutarisch nicht anders vorgesehen, an die Aktionäre

<sup>1392</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 462 ff.

<sup>1393</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 479 ff.

<sup>1394</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 494 ff.

<sup>1395</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 497 ff.

<sup>1396</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 508 ff.

zurückgezahlt werden. Demgegenüber ist eine Schlussdividende zwingend dem nichtwirtschaftlichen Förderzweck zuzuwenden. Eine allfällige aktienrechtliche Rückerstattungspflicht für Dispositionen im Rahmen der Fördertätigkeit fällt ausser Betracht, auch wenn der Leistung keine äquivalente Gegenleistung gegenübersteht.<sup>1397</sup>

- 632 Die direkte Förderzweckverfolgung führt zu einer Machtverschiebung von der Generalversammlung hin zum Verwaltungsrat, indem kein Gewinn mehr erzielt wird, über dessen Verwendung die Generalversammlung Beschluss fassen könnte. Die direkte Förderzweckverfolgung dürfte die faktische Geschäftsstrategie zahlreicher Sportaktiengesellschaften sein. Möglich ist aber auch die indirekte Förderzweckverfolgung, bei der es gleichermassen wie bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu einem Bilanzgewinn kommen soll. Die Generalversammlung stimmt dann nicht über die Höhe einer Dividende, sondern über die Höhe des Betrags ab, der für die Förderzweckverfolgung zu verwenden ist.<sup>1398</sup>
- 633 Sofern der nichtwirtschaftliche Endzweck nicht schon bei der Gründung bestimmt wird, erfordert die Endzweckprogrammierung – wie es für die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit ausdrücklich gesetzlich verlangt wird – die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs. Die Wiederaufnahme des wirtschaftlichen Endzwecks ist grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, es wird sichergestellt, dass keine während des Bestehens des nichtwirtschaftlichen Endzwecks erwirtschafteten Mittel den Aktionären zu vermögensrechtlichen Vorteilen gereichen. Die Wiederaufnahme der Gewinnstrebigkeit ist demgegenüber mit Zweidrittelmehrheit möglich, falls der wirtschaftliche Endzweck beibehalten wurde.<sup>1399</sup>
- 634 Während Dividendenausschüttungen und Schlussdividenden nicht statthaft sind, kann ein Aktionär einen vermögensrechtlichen Vorteil realisieren, wenn er seine Aktien mit Gewinn weiterveräussert. Obschon dadurch der nichtwirtschaftliche Endzweck im Ergebnis vereitelt wird, ist darin kein unzulässiger Vorgang zu erblicken.
- 635 Für eine ausdrückliche Vinkulierung, die zum Schutze des nichtwirtschaftlichen Endzwecks wirtschaftlich motivierte Aktionäre fernhalten will, können weder der *Gesellschaftszweck* noch die *wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens* als wichtiger Grund im Sinne von Art. 685b Abs. 2 OR herbeigezogen werden. Die Vinkulierung bleibt einzig als *escape clause* möglich. Bei der dann vorzunehmenden Unternehmenswertberechnung rechtfertigt sich zwar ausnahmsweise die Mitberücksichtigung von subjektiven Elementen, dennoch fällt der wirkliche Wert im Sinne von Art. 685b Abs. 1 OR durch die fehlende Möglichkeit, wirtschaftlichen Nutzen aus der Gesellschaft zu ziehen, verhältnismässig tief aus. Im Einzelfall kann deshalb die Ablehnung eines Erwerbers nicht nur rechtlich möglich, sondern eben auch finanzierbar sein. Für den Veräusserer und den Erwerber bedeutet das wiederum eine erhebliche Unsicherheit, da sie nicht ausschliessen können, dass die Gesellschaft die veräusserten Aktien zum tiefen wirklichen Wert ablösen wird. Mögliche Bezugspunkte der Vinkulierung können, abgesehen vom

---

<sup>1397</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 513 ff.

<sup>1398</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 524 ff.

<sup>1399</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 538 ff.



Endzweck, auch der konkret bezeichnete Förderzweck sowie allgemein das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft sein.<sup>1400</sup>

Für die Revisionsstelle bedeutet der nichtwirtschaftliche Endzweck, dass sie sich nicht mehr mit der Frage einer statutenwidrigen Endzweckänderung befassen muss. Sie hat indessen nach wie vor den Beschluss über Gewinnverwendung auf die Statuten- und Gesetzeskonformität im Lichte des nichtwirtschaftlichen Endzwecks zu prüfen.<sup>1401</sup>

Bei den Gesellschaftsgläubigern entfallen Überlegungen zum Risikoprofil der Sportaktiengesellschaft, da die fehlende Absicht, ausschüttbaren Gewinn zu generieren, bekannt ist. Ein genereller Verstoss gegen Reservebildungsvorschriften liegt bei direkter Förderzweckverfolgung ebenfalls nicht vor.<sup>1402</sup>

Auch unter dem nichtwirtschaftlichen Endzweck bleibt unklar, wie Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung steuerrechtlich zu behandeln sind. Namentlich stellt sich die Frage, ob eine Zuwendung vom Aktionär als Kapitaleinlage – wie in der vorliegenden Arbeit postuliert – oder als Schenkung zu qualifizieren ist. Zuwendungen von nahestehenden Gesellschaften werden von einem nichtwirtschaftlichen Endzweck der Sportaktiengesellschaft nicht tangiert. Hingegen kann eine Zweckprogrammierung bei der nahestehenden Gesellschaft prüfenswert sein. Zuwendungen von Gönnern ohne Aktionärsstellung lösen unabhängig vom Endzweck grundsätzlich Schenkungssteuern bei der Sportaktiengesellschaft aus. Der nichtwirtschaftliche Endzweck kann überdies dazu führen, dass Zuwendungen von Sportaktiengesellschaften an Dritte als geschäftsmässig begründet zu qualifizieren sind, wohingegen bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft eine verdeckte Gewinnverwendung vorläge. Schliesslich führt der nichtwirtschaftliche Endzweck zu weiteren Unterschieden der steuerrechtlichen Betrachtung des Aktionärs wie zu einem tiefen Vermögenssteuerwert der Beteiligung an der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft und zum Ausschluss von Steuerfolgen aus den Tatbeständen der indirekten Teilliquidation und der Transponierung.<sup>1403</sup>

Die Motive, die der Freiwilligenarbeit und der Ehrenamtlichkeit zugrunde liegen, sind ideeller Natur. Aufgrund der Konstituierung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks wissen Personen, die ohne Entgelt Leistungen erbringen, dass dadurch kein Aktionär bereichert wird.<sup>1404</sup>

Dieselbe Wirkung wird in Bezug auf das Verhältnis zur öffentlichen Hand erzielt. Die Aussicht, von Fördergeldern profitieren zu können und bei der Auferlegung von Gebühren privilegiert behandelt zu werden, wird durch den nichtwirtschaftlichen Endzweck begünstigt.<sup>1405</sup>

Für den Dachverband würde die Annahme von nichtwirtschaftlichen Endzwecken durch die angegliederten Sportaktiengesellschaften das bestehende Risiko, als unzulässiger Verein mit wirtschaftlichem Endzweck qualifiziert zu werden, auf einen Schlag lösen. Aber auch wenn nicht alle Sportklubs einen

<sup>1400</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 560 ff.

<sup>1401</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 581 f.

<sup>1402</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 583 ff.

<sup>1403</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 588 ff.

<sup>1404</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 611 ff.

<sup>1405</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 613 ff.

nichtwirtschaftlichen Endzweck annähmen, würde mit zunehmender Anzahl nichtwirtschaftlicher Sportaktiengesellschaften der wirtschaftliche Teilendzweck des Dachverbands umfangmässig reduziert.<sup>1406</sup>

---

<sup>1406</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 616 ff.

## Kapitel 4 Sportklub als Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck

### Vorbemerkung

Neben dem wirtschaftlichen und dem nichtwirtschaftlichen Endzweck besteht noch die dritte Möglichkeit des gemischten Endzwecks. Die Bestandsaufnahme in Kapitel 1 hat gezeigt, dass die Zweckartikel zahlreicher Sportaktiengesellschaften Hinweise auf eine ideelle Zielverfolgung enthalten, ein eigentlicher nichtwirtschaftlicher Endzweck aber dennoch nicht angenommen werden kann. Eine Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck wäre als Rechtsformvariante für einen professionellen Sportklub von Interesse, insbesondere wenn es dadurch möglich wäre, sowohl den Grundgedanken der gewinnstrebigen Kapitalgesellschaft als auch denjenigen des Sports mit seiner ideellen Natur unter einen Hut zu bringen. In diesem Teil der Arbeit soll demnach untersucht werden, ob den aktienrechtlichen Problemen der Sportaktiengesellschaft bei einem gemischten Endzweck besser begegnet werden kann. Um dieser Frage nachzugehen, ist jedoch zunächst zu prüfen, ob das Aktienrecht überhaupt einen gemischten Endzweck zulässt und, wenn ja, in welcher Ausprägung. Anschliessend wird – wie schon in Kapitel 3 für den nichtwirtschaftlichen Endzweck – untersucht, inwiefern sich der gemischte Endzweck auf den Verwaltungsrat (II.), die Aktionäre (III.) und auf andere Interessengruppen (IV.) auswirkt.

642

### I. Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck

#### Vorbemerkung:

In diesem Abschnitt ist zuerst auf den Begriff der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck und deren Erscheinungsformen in der Praxis einzugehen (1., 2. und 3.). Sodann wird untersucht, ob ein gemischter Endzweck in der Rechtsform der Aktiengesellschaft überhaupt zulässig ist und, wenn ja, in welcher Ausprägung (4. und 5.).

643

#### 1. Zum Begriff

Unter einer Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck ist eine Aktiengesellschaft zu verstehen, die gemäss ihrem statutarischen Zweck zum einen Teil einen wirtschaftlichen und zum anderen Teil einen nichtwirtschaftlichen Endzweck verfolgt.<sup>1407</sup> Der Endzweck ist somit weder rein wirtschaftlich noch rein nichtwirtschaftlich.

644

---

<sup>1407</sup> Vgl. KRATZ, S. 87, die von *gemischter Zielsetzung* spricht; DURRER, S. 14. Vgl. auch VON GRAFFENRIED, S. 135 ff.; STÖCKLI, Diss., S. 317 sowie DERS., Interessenkonflikte, S. 115 ff., wo er, auf die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft bezogen, von *gemischter Zweckbestimmung* spricht. Vgl. ferner FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 220, der ebenfalls in Bezug auf die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft die Begriffe *gemischte Zielsetzung* und *gemischte Zweckbestimmung* verwendet.

## 2. Abgrenzungen

### a) Zum Nebenzweck

645 Zu unterscheiden ist der Terminus gemischter Endzweck zunächst vom Nebenzweck. Der Nebenzweck bezieht sich auf den Gesellschaftszweck im Sinne des Tätigkeitsfelds und enthält eine Aussage darüber, *wie*, das heisst durch welche *Haupt- und Nebentätigkeiten*, der Endzweck erreicht werden soll. Liegen sowohl ein wirtschaftlicher als auch ein nichtwirtschaftlicher Endzweck vor, empfiehlt es sich deshalb, von *Hauptendzweck* und *Nebenendzweck* zu sprechen.

### b) Zum befristeten Verzicht auf Gewinnerwirtschaftung

646 Sodann ist der gemischte Endzweck von einem befristeten Verzicht auf Gewinnerwirtschaftung abzugrenzen, bei dem für eine gewisse Dauer überhaupt keine Geschäftstätigkeit verfolgt wird. Dies kann bspw. dann der Fall sein, wenn auf günstigere wirtschaftliche Rahmenbedingungen oder eine für die Geschäftstätigkeit benötigte Bewilligung gewartet wird. Das vorübergehende Ausbleiben einer gewinnbringenden oder überhaupt einer Unternehmenstätigkeit ändert freilich nichts an der wirtschaftlichen Grundausrichtung der Gesellschaft. Im Einzelfall kann gerade ein vorübergehender Verzicht auf Gewinnstrebigkeit dem Interesse der Gesellschaft am langfristigen Gedeihen des Unternehmens entsprechen.<sup>1408 1409</sup>

### c) Zur modifizierten Gewinnstrebigkeit

647 Auch bei der modifizierten Gewinnstrebigkeit bleibt der wirtschaftliche Endzweck grundsätzlich gewahrt.<sup>1410</sup> Die Muttergesellschaft kommt weiterhin in den Genuss vermögensrechtlicher Vorteile, erzielbare Gewinne unterbleiben aber zugunsten der Förderzweckverfolgung. Der wesentliche Unterschied zum hier thematisierten gemischten Endzweck liegt darin, dass im Gesamtkonzern grundsätzlich nach wie vor der wirtschaftliche Endzweck verfolgt wird.<sup>1411</sup>

### d) Zur nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft mit indirekter Förderzweckverfolgung

648 Bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft mit indirekter Förderzweckverfolgung wird das Unternehmen mit dem Ziel betrieben, Profit zu erwirtschaften. Erst in einem zweiten Schritt, nachdem der Gewinn zuhanden der Generalversammlung ausgewiesen wurde, wird er für die ideellen Zwecke verwendet. Bis zur Realisation des Gewinns unterscheidet sich eine solche Gesellschaft in keiner Weise

---

<sup>1408</sup> So bspw., wenn ein Grossunternehmen von einer Massenentlassung absieht, obschon vorübergehend nicht genügend Arbeitsvolumen vorhanden ist, um rentabel zu wirtschaften.

<sup>1409</sup> Vgl. zum Ganzen VISCHER, S. 563 ff., der sich zum Thema der «Mantel- und Vorratsgesellschaft» und insbesondere auch zum Handel mit solchen Gesellschaften aus zivilrechtlicher Sicht äussert.

<sup>1410</sup> Siehe zur modifizierten Gewinnstrebigkeit vorne N 43.

<sup>1411</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 313.

von der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft. Bei der Frage der Gewinnverwendung ist der Unterschied indessen fundamental. Während bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft der Gewinn nicht zur vermögensrechtlichen Besserstellung der Aktionäre verwendet werden darf,<sup>1412</sup> ist die Ausschüttung von Dividenden bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck im Umfang des wirtschaftlichen Teilendzwecks möglich und kann von den Aktionären unter Anwendung von Art. 660 Abs. 1 OR beansprucht werden.<sup>1413</sup>

### e) Zur genossenschaftlichen Aktiengesellschaft

Bei der genossenschaftlichen Aktiengesellschaft werden keine Gewinne erwirtschaftet. Vielmehr sollen die wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre auf andere Weise verfolgt werden, bspw. durch Gewährung von günstigen Konditionen für bestimmte Produkte bzw. Dienstleistungen.<sup>1414</sup> Die fehlende Gewinnstrebigkeit und der genossenschaftliche Grundgedanke der Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe<sup>1415</sup> dürfen trotz eines gewissen solidarischen Hintergrunds<sup>1416</sup> nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei einer genossenschaftlichen Aktiengesellschaft der Endzweck ein wirtschaftlicher bleibt.<sup>1417</sup>

649

## 3. Erscheinungsformen und Verwendungsgebiete

Die Betrachtung der Schweizer Sportaktiengesellschaften hat gezeigt, dass in den Zweckformulierungen Hinweise auf ideelle Ziele vorzufinden sind. Dabei handelt es sich insbesondere um Zweckformulierungen, die als nichtwirtschaftliche Nebenendzwecke zu verstehen sind und vornehmlich auf die Unterstützung der Nachwuchsabteilung<sup>1418</sup> abzielen.<sup>1419</sup> Folglich kann festgestellt werden, dass in der Praxis im Bereich der Sportaktiengesellschaften bereits eine Anzahl Aktiengesellschaften mit gemischtem Endzweck existieren. Eine weitere Gruppe sind die gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften mit sowohl staatlicher als auch privater Beteiligung. Bei ihnen wird einerseits ein wirtschaftlicher Endzweck verfolgt – denn ohne einen solchen liesse sich kaum ein privater Investor gewinnen –, andererseits aber auch eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen, die als «nichtwirtschaftlich motiviert» verstanden wird.<sup>1420</sup> Beide Endzwecke werden aber auch dann verfolgt, wenn sich der Staat als Alleinaktionär der Privatrechtsform der Aktiengesellschaft bedient, um einer öffentlichen Aufgabe nachzukommen. Dann nämlich ist die Aktiengesellschaft einerseits dazu verpflichtet, vermögensrechtliche Vorteile für den

650

<sup>1412</sup> Siehe zum Dividendenausschüttungsverbot beim nichtwirtschaftlichen Endzweck vorne N 515 ff.

<sup>1413</sup> Anstelle der Dividendenausschüttung kann die vermögensrechtliche Besserstellung der Aktionäre auch durch andere wirtschaftliche Vorteile als Geldausschüttungen erfolgen. Siehe sogleich N 656 ff.

<sup>1414</sup> Vgl. vorne N 38 ff.

<sup>1415</sup> Art. 828 Abs. 1 OR.

<sup>1416</sup> KRATZ, S. 89. Vgl. auch DURRER, S. 13, der den Terminus *wirtschaftlicher Solidarismus* verwendet.

<sup>1417</sup> Siehe vorne N 38.

<sup>1418</sup> Nachwuchsabteilungen sind häufig als Vereine organisiert und so rechtlich unabhängig von der Sportaktiengesellschaft, die die professionelle Mannschaft stellt (Bsp.: EHC Kloten Sport AG und EHC Kloten Verein).

<sup>1419</sup> Siehe vorne N 142 f.

<sup>1420</sup> Vgl. BUOB, S. 148 f.; STÖCKLI, Diss., S. 308 ff.; DERS., Interessenkonflikte, S. 112 f.

Aktionär zu realisieren, muss aber andererseits die öffentliche Aufgabe erfüllen und damit der Förderung des Gemeinwohls dienen.<sup>1421</sup>

- 651 Als typisches Beispiel aus der Praxis kann der folgende Ausschnitt aus dem Zweckartikel der Flughafen Zürich AG erachtet werden:<sup>1422</sup>

*«Planung, Projektierung, Bau und Betrieb von Verkehrsinfrastrukturen [...] insbesondere Betrieb des interkontinentalen Flughafens Zürich nach Massgabe der vom Bund erteilten Bau- und Betriebskonzession unter Wahrung der gesetzlichen Nachtflugordnung und unter Berücksichtigung der Anliegen der Bevölkerung um den Flughafen:[...].»*<sup>1423</sup>

Weitere Beispiele für Zweckformulierungen mit derartigen Umschreibungen sind die ProReno AG<sup>1424</sup> und die Berner Kantonalbank.<sup>1425</sup> Daneben kann sich der gemischte Endzweck auch aufgrund einer Dividendenbeschränkung<sup>1426</sup> und der Beschränkung des Anteils am Liquidationserlös ergeben.<sup>1427</sup>

- 652 Als Zwischenergebnis kann demnach festgehalten werden, dass in der Rechtsrealität Aktiengesellschaften bestehen, die sowohl vermögensrechtliche Vorteile für ihre Aktionäre erlangen wollen als auch ein bestimmtes nichtwirtschaftliches Ziel anstreben. Daraus ohne Weiteres die generelle Zulässigkeit von

---

<sup>1421</sup> Vgl. dazu FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 220.

<sup>1422</sup> Statuten der Flughafen Zürich AG vom 28. April 2016.

<sup>1423</sup> Hervorhebung hinzugefügt. Vgl. zur Problematik dieser Zweckbestimmung STÖCKLI, Interessenkonflikte, S. 116.

<sup>1424</sup> Vgl. Zweckartikel der *ProReno AG* (Statuten vom 7. November 2016): «Zweck der Gesellschaft ist die Unterstützung der Aktionäre bei der Erfüllung der ihnen gemäss Gewässerschutzgesetzgebung obliegenden Verpflichtungen, insbesondere durch Betrieb, Unterhalt und Ausbau von Kläranlagen und weiteren der Abwasserreinigung dienenden Werke und Anlagen in der Region Basel. Zur Erfüllung dieses Zweckes kann die Gesellschaft sämtliche erforderlichen kaufmännischen, baulichen, industriellen und finanziellen Tätigkeiten ausüben. Sie ist berechtigt, Grundstücke im In- und Ausland zu erwerben und sich an gleichen oder ähnlichen Unternehmen zu beteiligen.» Siehe auch BUOB, S. 132 mit weiteren Beispielen.

<sup>1425</sup> Vgl. Zweckartikel der Berner Kantonalbank (Statuten vom 12. Mai 2015): «Die Bank bezweckt als Universalbank die Besorgung aller banküblichen Geschäfte. Sie unterstützt den Kanton und die Gemeinden in der Erfüllung ihrer Aufgaben und fördert die volkswirtschaftliche und soziale Entwicklung im Kanton. Sie kann Zweigniederlassungen innerhalb des Espace Mittelland und Tochtergesellschaften errichten sowie generell sich an andern Unternehmen beteiligen und Grundeigentum erwerben. Weiteres vergleiche Statuten.»

<sup>1426</sup> So die *Bethesda Alterszentren AG*, die gemäss Art. 7 ihrer Statuten vom 10. Mai 2012 unter dem Titel «Beschränkung der Gewinnverwendung» vorsieht, dass Dividenden nur im Umfang von 6 % des einbezahlten Aktienkapitals ausgeschüttet werden können und Tantiemen ausgeschlossen sind. Vgl. auch die *Forel AG*, die in Art. 23 (Statuten vom 30. Juni 2016) festhält «Es werden keine Tantiemen ausgeschüttet. Dividenden dürfen nur an solche Aktionäre ausgeschüttet werden, die den gleichen steuerbefreiten Zweck wie die Gesellschaft verfolgen.» Als Beispiel für einen nichtwirtschaftlichen Hauptendzweck und einen wirtschaftlichen Nebenendzweck ist auf Art. 19 der Statuten der *Zoo Zürich AG* 14. Juni 2016 hinzuweisen: «Erwirtschaftet die Gesellschaft einen Gewinn, so steht dieser dem Betrieb des Zoologischen Gartens zu. Die Aktionäre haben Anspruch, pro Aktie jährlich eine Freikarte für den Zoo Zürich zu beziehen.»

<sup>1427</sup> So bspw. bei der *Zoo Zürich AG* mit folgender Statutenbestimmung (Art. 20 Ziff. 4 Statuten vom 14. Juni 2016): «Nach erfolgter Tilgung der Schulden und Rückzahlung des Nominalwertes der Aktien an die Aktionäre wird das verbleibende Vermögen einem Zweck zugeführt, der im Einklang mit dem statutarischen Zweck der Gesellschaft steht.» Vgl. auch Art. 19 Ziff. 4 der Statuten *Opernhaus Zürich AG* vom 20. April 2012: «Nach erfolgter Tilgung der Schulden wird höchstens der Nominalbetrag unter die Aktionäre und der Restbetrag an die Staatskasse verteilt.»

gemischten Endzwecken abzuleiten, würde allerdings zu kurz greifen; vielmehr ist die Frage der Zulässigkeit nachfolgend zu prüfen.<sup>1428</sup>

#### 4. Zulässigkeit des gemischten Endzwecks im Aktienrecht

##### a) Fehlende gesetzliche Grundlage

Das Obligationenrecht kennt den Begriff «gemischter Endzweck» nicht. Abgesehen von Art. 620 Abs. 3 OR, wonach Aktiengesellschaften auch zu nichtwirtschaftlichen Zwecken gegründet werden können, ist keiner Bestimmung ein ausdrücklicher Hinweis über den gemischten Endzweck zu entnehmen. Aus Art. 620 Abs. 3 OR lässt sich die Zulässigkeit eines gemischten Endzwecks nicht ableiten, jedoch auch nicht ausschliessen. Insofern ist davon auszugehen, dass durch die im E-OR 2016 vorgesehene Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR auch für einen gemischten Endzweck keine materiellrechtliche Änderung eintreten wird.<sup>1429</sup> Als gesetzliche Grundlage bietet sich allerdings Art. 660 Abs. 1 OR an, worauf sogleich einzugehen sein wird.

653

##### b) Zweckneutralität der Aktiengesellschaft?

Gemäss KRATZ handelt es sich bei der Aktiengesellschaft um eine *zweckneutrale* Rechtsform.<sup>1430</sup> Aus einer extensiven Auslegung von Art. 620 Abs. 3 OR leitet sie den Willen des Gesetzgebers ab, die Rechtsform der Aktiengesellschaft – anders als die der Genossenschaft – nicht auf einen bestimmten Endzweck zu fixieren.<sup>1431</sup> Zur selben Schlussfolgerung gelangen DURRER<sup>1432</sup> und VON GRAFFENRIED,<sup>1433</sup> die in der Zulässigkeit des nichtwirtschaftlichen Endzwecks als Alleinzweck zugleich die Zulässigkeit des gemischten Endzwecks sehen. Gestützt auf den Wortlaut ist indessen einzig zutreffend, dass der Gesetzgeber die Rechtsform der Aktiengesellschaft nicht für die Verfolgung eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks verbieten wollte.<sup>1434</sup> Eine Zweckbestimmungsfreiheit ist insofern gegeben, als in den Grenzen des zwingenden Rechts frei zwischen einem wirtschaftlichen Endzweck einerseits und einem nichtwirtschaftlichen Endzweck andererseits gewählt werden kann.<sup>1435</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich aber nicht ohne Weiteres darauf schliessen, der Gesetzgeber habe der

654

<sup>1428</sup> Auch der Handelsregistereintrag sagt – aufgrund der beschränkten Kognition des Handelsregisterführers – regelmässig nichts über die Rechtsgültigkeit einzelner Statutenbestimmungen aus. Siehe dazu vorne N 145.

<sup>1429</sup> Siehe dazu vorne N 403 ff.

<sup>1430</sup> KRATZ, S. 98.

<sup>1431</sup> KRATZ, S. 98 f. Zu berücksichtigen ist indessen, dass die Fixierung des Endzwecks im Genossenschaftsrecht im Zuge der Revision des Handelsregisterrechts aufgegeben werden soll, siehe vorne N 405.

<sup>1432</sup> DURRER, S. 14.

<sup>1433</sup> VON GRAFFENRIED, S. 135 ff.

<sup>1434</sup> Siehe vorne N 401.

<sup>1435</sup> JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 3 N 13.

Aktiengesellschaft zwischen den beiden Polen «wirtschaftlich» und «nichtwirtschaftlich» einen voraussetzungslosen, uneingeschränkten Gestaltungsspielraum überlassen wollen.<sup>1436</sup>

- 655 Auch ist der Begriff der *Zweckneutralität* für die Aktiengesellschaft irreführend. Das Wesen der Aktiengesellschaft besteht nämlich darin, dass Kapitalgeber eine Investition tätigen, die ihnen direkt (durch Dividendenausschüttung oder durch Liquidation) oder indirekt (durch Verkauf der Aktien zu einem höheren Preis als dem Erwerbspreis) Rendite einbringt.<sup>1437</sup> Andere, nichtwirtschaftliche Motive sowie der Typus nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft als Ganzes sind als Ausnahmen bzw. als atypische Konstellationen zu qualifizieren.<sup>1438</sup>

### c) Art. 660 Abs. 1 OR als Rechtsgrundlage

- 656 Als mögliche gesetzliche Grundlage für einen gemischten Endzweck ist Art. 660 Abs. 1 OR zu prüfen. Diese Bestimmung sieht vor, dass jeder Aktionär einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn beanspruchen kann, soweit dieser nach Gesetz *oder Statuten* zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist. Im Schrifttum wird Art. 660 Abs. 1 OR insbesondere mit Dividendenausschüttungsbeschlüssen, die gegen die gesetzlichen oder statutarischen Reservebildungsvorschriften verstossen, in Verbindung gebracht.<sup>1439</sup> Es geht also um die Frage, in welchem Umfang Gewinn zu thesaurieren ist oder ausgeschüttet werden darf, und nicht darum, ob Bilanzgewinn teilweise einem nichtwirtschaftlichen Endzweck zuzuwenden ist.<sup>1440 1441</sup> Thesaurierte Mittel führen zu einer Steigerung des Aktienwerts und somit zu einer vermögensrechtlichen Besserstellung des Aktionärs. Der Vorgang des Thesaurierens verwirklicht demnach auch den wirtschaftlichen Endzweck.<sup>1442</sup>
- 657 Darüber hinaus sind für einen gesetzeskonformen Ausschüttungsbeschluss verschiedene formelle Anforderungen einzuhalten.<sup>1443</sup> Hinweise auf einen gemischten Endzweck sind im Kontext von

---

<sup>1436</sup> A.M. VON GRAFFENRIED, S. 139. Vgl. auch KRATZ, S. 87 f., wonach eine gemischte Zielsetzung (im Sinne eines gemischten Endzwecks) im Grundsatz zulässig sei, jedoch nur im Rahmen der vom Aktienrechts gewährten Gestaltungsfreiheit; allerdings gibt dieser Vorbehalt ohne eine nähere Umschreibung des besagten Gestaltungsfreiraums wenig her.

<sup>1437</sup> *Zweckneutral* sind indessen zahlreiche rechtsformübergreifende Regelungen. Im Sinne des Grundsatzes «*same business, same risks, same rules*» geht die gesetzgeberische Tendenz in die Richtung, Qualifikationen nach der wirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmenskörpers zu richten und nicht nach dessen Rechtsform. Siehe dazu vorne N 327.

<sup>1438</sup> Zweckneutral in diesem Sinne wäre die einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR, wobei es sich dabei wohlgemerkt nicht um eine Handelsgesellschaft handelt.

<sup>1439</sup> BSK OR II-NEUHAUS/BALKANYI, Art. 660 N 14.

<sup>1440</sup> Vgl. demgegenüber KNOBLOCH, S. 242, wonach der Aktionär keinen Anspruch auf Gewinn haben soll, wenn die Statuten dies nicht ausdrücklich festhalten.

<sup>1441</sup> Der Aktionär hat lediglich ein *relatives Recht* auf Anteil am Bilanzgewinn, da es die Generalversammlung ist, die nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR über die Gewinnverwendung entscheidet. Siehe dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 118.

<sup>1442</sup> Treffend formulieren in diesem Zusammenhang FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 20: «Zu beachten ist, dass der Aktionär bei der Ausschüttung einer Dividende wertmässig nichts bekommt, was er nicht schon hat. In dem Umfang, in welchem die Gesellschaft Dividenden ausschüttet, vermindert sich ihr Vermögen und wird damit auch die Beteiligungsquote des Aktionärs weniger wert.»

<sup>1443</sup> Art. 660 Abs. 1 OR verlangt einen Beschluss der Generalversammlung, der auf einem Jahresabschluss beruht. Weiter ist – soweit der Ausschüttungsbeschluss auf einem Antrag des Verwaltungsrates beruht, die



Art. 660 Abs. 1 OR in Lehre und Rechtsprechung nicht auffindbar. Auch bei der Einführung der Bestimmung im Zuge der Aktienrechtsrevision von 1991 war ein gemischter Endzweck nicht Gegenstand der Diskussion.<sup>1444</sup>

Die grammatikalische Auslegung<sup>1445</sup> des Teilsatzes «soweit dieser nach Gesetz oder Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist» lässt darauf schliessen, dass in den Statuten generell und frei festgelegt werden kann, wie mit dem erzielten Gewinn verfahren werden soll. An eine solche Bestimmung wäre auch die Generalversammlung selbst gebunden.<sup>1446</sup> Ein nichtwirtschaftlicher Teilendzweck führt demnach dazu, dass ein Teil des Gewinns nicht für die Aktionäre bestimmt ist, sondern eben zur Förderzweckverfolgung aufgewendet werden muss.<sup>1447</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung sind keine Gründe ersichtlich, die dagegen sprechen, dass Art. 660 Abs. 1 OR nur hinsichtlich der Reservezuweisungspflicht und nicht auch für einen nichtwirtschaftlichen Teilendzweck herangezogen werden kann. Aus den Statuten muss indessen klar ersichtlich sein, welcher Teil des Gewinns der Disposition der Generalversammlung entzogen ist und über welchen sie verfügen darf.<sup>1448</sup> Unzulässig wäre eine Statutenbestimmung, die vorsieht, dass die Generalversammlung mit Mehrheitsbeschluss festlegen kann, ob der Bilanzgewinn jeweils dem wirtschaftlichen oder dem nichtwirtschaftlichen Endzweck zugewendet wird. Wie der gemischte Endzweck statutarisch in genügend klarer Weise verankert werden kann, wird hinten ausführlich thematisiert.<sup>1449</sup>

Die allgemeine Zulässigkeit des gemischten Endzwecks in der Aktiengesellschaft kann somit aus Art. 660 Abs. 1 OR abgeleitet werden. Das wohlerworbene (Vermögens-)Recht des Aktionärs auf einen Anteil am Bilanzgewinn wird eingeschränkt, indem die Statuten vorsehen, dass ein Teil des Gewinns eben nicht für die Aktionäre bestimmt ist.<sup>1450</sup> Die Frage nach dem Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken ist jedoch noch nicht beantwortet. Art. 660 Abs. 1 OR kann nur dann eine *konkrete* Antwort liefern, wenn ein Gewinn realisiert und zuhanden der Generalversammlung ausgewiesen wurde, so dass ein ausschüttbarer Bilanzgewinn vorliegt. Fraglich ist jedoch, wie es sich verhält, wenn der Verwaltungsrat Gesellschaftsmittel *direkt*, das heisst ohne Ausweisung gegenüber der Generalversammlung, zur Förderzweckverfolgung einsetzt.<sup>1451</sup> Eine Beschlussfassung im Sinne von Art. 660 Abs. 1 OR kann nur

Prüfung des Jahresabschlusses durch eine Revisionsstelle erforderlich, was eine Prüfung der Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten mit sich bringt (Art. 729a OR). Siehe zum Ganzen BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 518 ff.

<sup>1444</sup> Vgl. Botsch. Aktienrechtsrevision 1993, 822 ff, 885. Zur Zeit des Entwurfs war der jetzige Art. 660 OR als Art. 660b OR vorgesehen.

<sup>1445</sup> Die grammatikalische Auslegung beruht auf dem Wortlaut einer Bestimmung. Im Zentrum steht der *Wortsinn*, der nicht zwingend mit dem *Normsinn* übereinstimmt. Siehe dazu FORSTMOSER/VOGT, §19 N 64.

<sup>1446</sup> Die Generalversammlung ist an die Statuten gebunden und insofern nicht frei. Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 508 ff.

<sup>1447</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 113.

<sup>1448</sup> Siehe zum Grundsatz der Klarheit bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck sogleich N 694 ff.

<sup>1449</sup> Siehe hinten N 700.

<sup>1450</sup> Dasselbe muss in Bezug auf den Anspruch auf einen Anteil am Liquidationsergebnis gemäss Art. 660 Abs. 2 OR gelten.

<sup>1451</sup> Bei einer Sportaktiengesellschaft sprechen jedoch praktische Überlegungen gerade für den direkten Mitteleinsatz. Sportliche Ziele als nichtwirtschaftliche Zielsetzung sollen nämlich im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit verfolgt werden.

hinsichtlich eines erzielten Bilanzgewinns und nur bei indirekter Förderzweckverfolgung das Verhältnis zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Endzweck klären. Bei direkter Förderzweckverfolgung besteht dagegen die latente Gefahr, dass Vermögensrechte der Aktionäre verletzt werden. Es ist demnach zu prüfen, wie der gemischte Endzweck statutarisch zu gestalten ist, um widerstreitende Ansprüche aufgrund der beiden Endzwecke zu verhindern.

#### **d) Zwischenergebnis**

- 661 Das Aktienrecht kennt keine gesetzliche Grundlage, die die Zulässigkeit eines gemischten Endzwecks direkt begründen würde. Indirekt lässt sich die Zulässigkeit aber aus Art. 660 Abs. 1 OR ableiten, wonach es möglich ist, einen Teil des Bilanzgewinns für andere als für Ausschüttungszwecke vorzusehen. Art. 660 Abs. 1 OR vermag indessen bei direkter Förderzweckverfolgung keine genügende Antwort auf die Frage liefern, wie das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Endzwecken ausgestaltet werden kann, damit es nicht zu einer Verletzung der Vermögensrechte der Aktionäre kommt.

### **5. Zulässige Ausprägungen der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck**

#### **a) Verhältnis der Endzwecke zueinander**

- 662 Im Kern des gemischten Endzwecks steckt die Gegensätzlichkeit zwischen dem wirtschaftlichen und dem nichtwirtschaftlichen Endzweck.<sup>1452</sup> Soll eine Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck als zulässig erachtet werden, muss dieser Widerspruch aufgelöst werden. Die zentrale Frage ist, wie genau das Verhältnis zwischen den beiden sich diametral zuwiderlaufenden Endzwecken ausgestaltet werden muss. Eine offene Formulierung des gemischten Endzwecks lässt Aktionäre, Verwaltungsräte und die übrigen Personen, die mit der Gesellschaft in Berührung kommen, im Dunkeln darüber, wofür erzielter oder erzielbarer Überschuss eingesetzt werden soll.
- 663 Besonders problematisch ist die Situation für den Verwaltungsrat. In der Aktiengesellschaft ist es seine Aufgabe, darüber zu befinden, wie der Endzweck umgesetzt werden soll.<sup>1453</sup> Er hat sich dabei am Gesellschaftsinteresse zu orientieren und nicht etwa an den Wünschen und Vorstellungen einzelner Aktionäre. Selbst wenn das Aktionariat aus einem einzigen Aktionär besteht, kann das Gesellschaftsinteresse nicht mit dem Aktionärsinteresse gleichgesetzt werden.<sup>1454</sup> Aber auch der Aktionär muss wissen, in welchem Umfang er Befriedigung seiner wirtschaftlichen Interessen erwarten darf und in welchem Umfang der Förderzweck verfolgt wird.
- 664 Nachfolgend ist zu prüfen, wie das Verhältnis zwischen dem wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Endzweck in genügend klarer Weise auf statutarischer Ebene zum Ausdruck gebracht werden kann. Zunächst wird untersucht, wie andere Rechtsordnungen, namentlich die Genossenschaft

---

<sup>1452</sup> In Frage kommen grundsätzlich drei Ausrichtungen: wirtschaftlicher Hauptendzweck mit nichtwirtschaftlichem Nebenendzweck, nichtwirtschaftlicher Hauptendzweck mit wirtschaftlichem Nebenendzweck, Gleichrangigkeit von wirtschaftlichem und nicht wirtschaftlichem Endzweck; vgl. dazu VON GRAFFENRIED, S. 135.

<sup>1453</sup> Art. 716 Abs. 2 OR.

<sup>1454</sup> Siehe vorne N 8, 70 f.

(Art. 828 ff. OR), die GmbH (Art. 772 ff. OR), der Verein (Art. 60 ff. ZGB), die Stiftung (Art. 80 ff. ZGB) sowie der Spezialfall der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, mit dem gemischten Endzweck und dem darin inhärenten Widerspruch umgehen.

## b) Gemischter Endzweck bei anderen juristischen Personen

### aa) Gemischter Endzweck im Genossenschaftsrecht

Die Genossenschaft ist eine Körperschaft, die als organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften in der Hauptsache die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt (Art. 828 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft, die eine Gewinnrealisierung auf einem beliebigen Gebiet anstrebt, basiert die ursprüngliche Idee der Genossenschaft darauf, dass die wirtschaftlichen Vorteile den Mitgliedern nicht in Form von Geld, sondern in Form einer spezifischen Leistung zukommen.<sup>1455</sup> Geldausschüttungen sind nur möglich, wenn Anteilsscheine ausgegeben wurden und sie zudem umfangmässig nach Art. 859 Abs. 3 OR auf den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen beschränkt sind. Weiter hält Art. 828 Abs. 1 OR fest, dass die Genossenschaft lediglich *in der Hauptsache* die Förderung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt. Aus dem Ausdruck «in der Hauptsache» lässt sich mittels der Auslegungsregel *a maiore minus* die Zulässigkeit eines wirtschaftlichen Nebenendzwecks ableiten.<sup>1456</sup> In der jüngeren Lehre wird sogar die Meinung vertreten, dass der wirtschaftliche Endzweck nicht den Schwerpunkt ausmachen muss und dass ein beliebiges Verhältnis zwischen dem wirtschaftlichen und dem nichtwirtschaftlichen Endzweck für die Genossenschaft zulässig sei.<sup>1457</sup> In der laufenden Revision des Handelsregisterrechts soll in Art. 828 Abs. 1 OR die bestehende Formulierung über die Zweckausrichtung der Genossenschaft («die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt») ergänzt werden durch den Passus «oder die gemeinnützig ausgerichtet ist». Damit soll klargestellt werden, dass auch die umfassend gemeinnützige Genossenschaft zulässig ist.<sup>1458</sup>

Die Formulierung «in der Hauptsache» spricht dafür, dass die Genossenschaft gleichzeitig einen wirtschaftlichen und einem nichtwirtschaftlichen Endzweck nachgehen kann. Wie es sich mit dem Verhältnis zwischen dem wirtschaftlichen und dem nichtwirtschaftlichen Endzweck verhält, wird weder durch das Gesetz noch, soweit erkennbar, durch die Rechtsprechung geregelt. Das Verhältnis ergibt sich folglich durch Auslegung der Genossenschaftsstatuten. Das Genossenschaftsrecht stellt insofern keine besonderen Anforderungen an die Bestimmtheit des Verhältnisses zwischen den beiden Endzwecken. Daraus lässt sich indessen nichts für die Aktiengesellschaft gewinnen. Während die Aktiengesellschaft eine

<sup>1455</sup> FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, S. 6 f.

<sup>1456</sup> Vgl. dazu FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, S. 23; VON GRAFFENRIED, S. 138.

<sup>1457</sup> FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, S. 1 ff.; aus Art. 86 lit. b Ziff. 2 HRegV ergibt sich zudem, dass auch ein gänzlich gemeinnütziger Zweck als Genossenschaftszweck zulässig sein muss, obschon es sich bei der HRegV um eine Norm auf Verordnungsstufe handelt.

<sup>1458</sup> E-OR Handelsregisterrecht sieht die Zulässigkeit von *gemeinnützigen* Zwecken vor. Ob damit auch *nichtwirtschaftliche* Zwecke gemeint sind, bleibt unklar. Siehe dazu vorne N 403 ff.

Kapitalgesellschaft ist, handelt es sich bei der Genossenschaft um eine personenbezogene Gesellschaft. Der Genossenschafter verfügt über weitergehende Mitgliedschaftsrechte als der Aktionär. Gleichzeitig treffen ihn zusätzliche Pflichten und insbesondere auch eine Treuepflicht (Art. 866 OR). Aktionäre sind demgegenüber nur zur Liberierung der Aktien verpflichtet (Art. 680 Abs. 1 OR). Für den Fall, dass die Gewinnstrebigkeit bzw. der wirtschaftliche Endzweck aufgegeben werden soll, verfügen sie über ein eigentliches Vetorecht.<sup>1459</sup> Den Genossenschaftern kommt kein solcher Schutz zu. Die Statuten können grundsätzlich mit einer Zweidrittelmehrheit abgeändert werden (Art. 888 Abs. 2 OR).<sup>1460</sup> Ändern sich die Bedürfnisse und Ziele der Mehrzahl der Genossenschaftsmitglieder, namentlich weil sie es bevorzugen, der ideellen Zweckverfolgung ein grösseres Gewicht beizumessen, so bleibt dem einzelnen anders gesinnten Genossenschafter nichts anderes übrig, als aus der Genossenschaft auszutreten. Für den Austritt sieht das Genossenschaftsrecht – im Gegensatz zum Aktienrecht – die Möglichkeit einer Entschädigung vor.<sup>1461</sup>

- 667 Nach alldem lassen sich in Bezug auf das Thema der vorliegenden Arbeit zwei Aussagen machen. Erstens ist ein gemischter Endzweck bei der Genossenschaft zulässig. Dabei kann das Verhältnis zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Endzweck frei gestaltet werden. Zweitens stellen sich bei der Genossenschaft nicht dieselben Probleme wie bei der Aktiengesellschaft, da der Genossenschafter nicht über einen absoluten Schutz vor der Aufgabe der Gewinnstrebigkeit bzw. des wirtschaftlichen Endzwecks verfügt. Der Vergleich mit dem Genossenschaftsrecht ist demnach für den gemischten Endzweck der Aktiengesellschaft nicht weiterführend.

### bb) Gemischter Endzweck im GmbH-Recht

- 668 Das GmbH-Recht enthält aktuell keine Bestimmung mehr, die den Endzweck zum Gegenstand hat. Bei der Revision des GmbH-Rechts wurde Art. 772 Abs. 3 aOR<sup>1462</sup> mit dem Wortlaut «Die Gesellschaft kann zum Betrieb eines Handels-, eines Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes *oder zu andern wirtschaftlichen Zwecken* gegründet werden» ersatzlos gestrichen.<sup>1463</sup> Mit einem gemischten Endzweck der GmbH hat sich – soweit ersichtlich – niemand näher befasst.<sup>1464</sup>
- 669 Wie die Genossenschaft weist auch die GmbH eine personenbezogene Komponente auf<sup>1465</sup> und ist zudem vom Prinzip der Selbstorganschaft beherrscht.<sup>1466</sup> Darüber hinaus trifft den einzelnen Gesellschafter eine Treuepflicht<sup>1467</sup> und es besteht ein grundsätzlich entschädigungspflichtiges Austrittsrecht.<sup>1468</sup>

---

<sup>1459</sup> Für die Änderung des Endzwecks ist die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs erforderlich, siehe vorne N 539 ff.

<sup>1460</sup> Lediglich bei der Erhöhung der persönlichen Haftung und bezüglich Nachschusspflicht ist eine Dreiviertelmehrheit erforderlich.

<sup>1461</sup> Art. 864 Abs. 1 OR.

<sup>1462</sup> Stand am 1. Mai 2007.

<sup>1463</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>1464</sup> Vgl. Botsch. GmbH-Recht, 3171. Siehe zum Ganzen vorne N 403 ff.

<sup>1465</sup> Vgl. Art. 772 Abs. 1 OR.

<sup>1466</sup> Art. 809 Abs. 1 OR.

<sup>1467</sup> Art. 803 OR.

<sup>1468</sup> Art. 825 OR.

Die Ausführungen zum gemischten Endzweck im Genossenschaftsrecht gelten somit sinngemäss auch für die GmbH. Aufgrund der weitreichenden Einflussmöglichkeiten und der Option, gegen Entschädigung aus der GmbH auszusteigen, ist deshalb auch der Vergleich mit der GmbH für die Betrachtung des gemischten Endzwecks der Aktiengesellschaft nicht ergiebig.

### cc) Gemischter Endzweck im Vereinsrecht

Beim Verein ist, sofern ein kaufmännisches Unternehmen betrieben wird, die Verfolgung von wirtschaftlichen Interessen grundsätzlich ausgeschlossen. Ausnahmsweise sind vermögensrechtliche Vorteile zugunsten der Vereinsmitglieder zulässig. Sie müssen allerdings mit der Vereinstätigkeit zusammenhängen und gegenüber dem ideellen Vereinszweck von untergeordneter Bedeutung sein.<sup>1469</sup>

Damit die nichtwirtschaftliche, ideelle Natur und somit auch die Gesetzeskonformität des Vereins gewahrt wird, muss das vermögensrechtliche Interesse der Vereinsmitglieder eindeutig und unzweifelhaft in den Hintergrund treten. Es ist somit eine *eindeutige Unterordnung* des wirtschaftlichen Nebenendzwecks zu fordern. Eine Gleichrangigkeit zwischen wirtschaftlichem und nicht wirtschaftlichem Endzweck ist ausgeschlossen.<sup>1470</sup> In Vereinen, die ihren Mitgliedern «Benutzungsrechte» einräumen (wie etwa Rechtsauskunft oder Pannenhilfe), kommt es auf das Verhältnis zwischen dem effektiven geldwerten Vorteil und dem gesamten Entgelt des Vereinsmitglieds an.<sup>1471</sup>

Ein gemischter Endzweck wird demnach beim Verein geduldet, sofern der wirtschaftliche Nebenendzweck von eindeutig untergeordneter Bedeutung ist und mit dem Vereinszweck im Zusammenhang steht.<sup>1472</sup> Obschon ein gemischter Endzweck dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht (Art. 60 Abs. 1 ZGB), akzeptieren Lehre und Rechtsprechung aus sachlichen und wohl auch aus praktischen Gründen Abstriche beim nichtwirtschaftlichen Vereinszweck und lassen in diesem Sinne einen gemischten Endzweck zu. Diese Überlegung ist bei der nachstehenden Beurteilung der zulässigen Ausprägungen von gemischten Endzwecken in der Aktiengesellschaft zu berücksichtigen.

### dd) Gemischter Endzweck im Stiftungsrecht

Über den Endzweck der Stiftung ist dem Gesetz nichts zu entnehmen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Verfolgung einer wirtschaftlichen Zielsetzung für die Stiftung möglich.<sup>1473</sup> Die Lehre

<sup>1469</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 73 f.; SCHERRER, Wie gründe und leite ich einen Verein, S. 31.

<sup>1470</sup> SCHERRER, Wie gründe und leite ich einen Verein, S. 31.

<sup>1471</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 73 f.; vgl. auch SCHERRER, Wie gründe und leite ich einen Verein, S. 31, mit dem Beispiel des karitativen Frauenvereins, der zur Mittelbeschaffung einen Gastronomiebetrieb führt und seinen Mitgliedern vergünstigte Konsumationen ermöglicht.

<sup>1472</sup> Vgl. BSK ZGB I-HEINI/SCHERRER, Art. 60 N 12; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 22 ff.; BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 60 N 73 ff.

<sup>1473</sup> BGE 127 III 337 E. 2 S. 338.

ist sich indessen bei dieser Frage uneins.<sup>1474</sup> Mit einem *gemischten* Endzweck haben sich weder Lehre noch Rechtsprechung vertieft befasst.<sup>1475</sup>

674 Aus Art. 80 ZGB, «Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck», wird das Erfordernis eines *einigermassen bestimmten Zwecks* abgeleitet.<sup>1476</sup> Daraus ergibt sich, dass die Förderzweckverfolgung weder in das reine Ermessen des Stiftungsrats gestellt noch ein eigentliches Selbstzweckgebilde geschaffen werden darf.<sup>1477</sup> Das Verhältnis zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Endzweck wird nicht weiter thematisiert und scheint keinen Anlass zu praktischen Problemen zu bieten. Offenbar genügt die geforderte Präzisierung im Sinne des *einigermassen bestimmten Zwecks*, um die erforderliche Klarheit herzustellen. Darüber hinaus sind aber noch weitere Gründe zu nennen, weshalb die Stiftung sich für einen Vergleich mit der Aktiengesellschaft in Bezug auf die Abgrenzung der beiden Endzwecke nicht eignet.

675 Von einem wirtschaftlichen Endzweck ist dann auszugehen, wenn die Gesellschaft einen ökonomischen Vorteil zugunsten ihrer *Mitglieder* anstrebt.<sup>1478</sup> Die Stiftung verfügt jedoch als Anstalt – im Gegensatz zur Körperschaft – nicht über Mitglieder, sondern nur über Destinatäre. Die Begünstigten sind gegenüber der Stiftung immer aussenstehende Dritte. Ein wirtschaftlicher Endzweck ist in diesem Sinne bei der Stiftung definitionsbedingt ausgeschlossen. Wenn von einem wirtschaftlichen Zweck einer Stiftung die Rede ist, wird darunter regelmässig die Begünstigung der Gründer verstanden.<sup>1479</sup> Die Gründer verfügen indessen über keine Vermögensrechte.<sup>1480</sup> Ihre Berechtigung, am Stiftungsvermögen teilzuhaben, kann sich einzig durch eine Begünstigung als Destinatär ergeben.

676 Die Stiftung kann demnach nie über einen wirtschaftlichen Endzweck (wie er im Körperschaftsrecht verstanden wird) und somit auch nicht über einen wirtschaftlichen Teilendzweck verfügen. Anstelle von wirtschaftlichem Endzweck ist bei einer Stiftung in diesem Sinne vorzugsweise von *Gründerbegünstigung* zu sprechen. Als Gründer kommen natürliche oder juristische Personen in Frage. Handelt es sich um natürliche Personen, kommt zusätzlich Art. 335 ZGB zur Anwendung, wonach die voraussetzungslose Begünstigung im Rahmen der Familienstiftung unzulässig ist.<sup>1481</sup> Wird der «wirtschaftliche Zweck» als Gründerbegünstigung verstanden, ist er von Gesetzes wegen eingeschränkt. Nur wenn die in Art. 335 Abs. 1 ZGB genannten Gründe vorliegen (Erziehung, Ausstattung, Unterstützung von

---

<sup>1474</sup> Ablehnend insbesondere BK-RIEMER Vereinsrecht, Systematischer Teil N 392 ff. Befürwortend etwa BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 80 N 17 und 19 m.w.H.

<sup>1475</sup> Vgl. BGE 75 II 81 E. 3a S. 88 ff. und dazu BK-RIEMER Stiftungsrecht, Systematischer Teil, N 396 ff. betreffend *gemischte Stiftung* wobei es um die Zweckmischung einer Unternehmensstiftung, also einer «gewöhnlichen» Stiftung, und einer Familienstiftung geht.

<sup>1476</sup> Art. 80 ZGB verlangt die Widmung für einen *besonderen Zweck*.

<sup>1477</sup> BSK ZGB I-GRÜNINGER, vor 80–89a N 21.

<sup>1478</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 5. Siehe vorne N 24.

<sup>1479</sup> Vgl. BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 81 N 20, der darauf hinweist, dass der für Körperschaften verwendete Begriff des wirtschaftlichen Endzwecks für Anstalten untauglich sei.

<sup>1480</sup> Vgl. aber Art. 86a Abs. 1 ZGB, wonach der Stiftungszweck unter strengen Voraussetzungen nachträglich abgeändert werden kann.

<sup>1481</sup> Die Familienstiftung kann lediglich Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen übernehmen (Art. 335 Abs. 1 ZGB).

Familienangehörigen oder ähnliche Zwecke), ist eine vermögensrechtliche Besserstellung der Gründer bzw. der Gründerfamilie erlaubt.

Im Stiftungsrecht ist somit ein wirtschaftlicher Endzweck, wie er im Körperschaftsrecht verstanden wird, ausgeschlossen. Folglich gibt auch das Stiftungsrecht für den Umgang mit einem gemischten Endzweck bei der Aktiengesellschaft nichts her.

677

### c) Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung – gemischter Endzweck?

In der Rechtsrealität gibt es gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften bzw. Aktiengesellschaften mit staatlicher und privater Beteiligung, die nach ihrem tatsächlichen Verständnis einem gemischten Endzweck nachgehen.<sup>1482</sup> Nachfolgend ist zu untersuchen, wie solche Aktiengesellschaften das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken handhaben.

678

#### aa) Begriff und Abgrenzung

Eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, bei welcher – aufgrund eines öffentlichen Interesses – öffentlichen Körperschaften ein Entsendungsrecht gemäss Art. 762 OR zusteht.<sup>1483</sup> Dabei kann sich die öffentliche Hand als Aktionärin beteiligen, muss es aber nicht.<sup>1484</sup> Ist der Staat nicht an der Aktiengesellschaft beteiligt, sondern macht lediglich von seinem Entsendungsrecht aufgrund eines öffentlichen Interesses Gebrauch, untersteht das von ihm entsandte Verwaltungsratsmitglied denselben Rechten und Pflichten wie die übrigen, von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsratsmitglieder.<sup>1485</sup> Diese Konstellation hat auf den wirtschaftlichen Endzweck der Aktiengesellschaft keinen Einfluss, da deren Ziel – die vermögensrechtliche Besserstellung der privaten Aktionäre – unverändert fortbesteht. Im Hinblick auf den gemischten Endzweck ist daher einzig die Variante von Interesse, in der dem Staat Aktionärsstellung zukommt.<sup>1486</sup>

679

Tritt der Staat als Aktionär auf, sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Bei der einen hält er die Aktiengesellschaft vollständig und allein, bei der anderen teilt er sie sich mit privaten Anlegern.

680

#### bb) Staat als alleiniger Anteilsinhaber

Ein gemischter Endzweck kann dann gegeben sein, wenn das Gemeinwesen Alleinaktionär ist und die Gesellschaftstätigkeit einer öffentlichen Aufgabe entspricht. Fehlt die ausdrückliche Konstituierung als

681

<sup>1482</sup> Siehe zu den Erscheinungsformen in der Praxis soeben N 650 ff.

<sup>1483</sup> Dieses Begriffsverständnis lehnt sich an den Wortlaut von Art. 762 OR an und wird von der Mehrheit der Lehre vertreten, so etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N 6 f. Der Begriff *gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft* wird jedoch nicht einheitlich verwendet. So vertreten etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1810 die Auffassung, das entscheidende Kriterium sei die *gemeinsame Unternehmensleitung* und nicht das Recht zur Entsendung.

<sup>1484</sup> Vgl. Art. 762 Abs. 2 OR.

<sup>1485</sup> FORSTMOSER/JAAG, N 69 ff.

<sup>1486</sup> Das Gemeinwesen muss also nicht von seinem Entsendungsrecht Gebrauch gemacht haben. Siehe dazu JAAG, S. 395.

nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, ist von einem wirtschaftlichen Endzweck auszugehen.<sup>1487</sup> Das Gesellschaftsinteresse einer solchen Aktiengesellschaft entspricht dem Unternehmensinteresse. Konzentriert sich die Gesellschaft dennoch auf die bestmögliche Erfüllung der öffentlichen Aufgabe statt auf das langfristige Gedeihen des Unternehmens, liegt eine verpönte faktische Endzweckänderung vor.<sup>1488</sup>

- 682 Die Problematik der faktischen Endzweckänderung dürfte für die staatlich gehaltene Aktiengesellschaft allerdings von geringer praktischer Relevanz sein. Wird eine solche Aktiengesellschaft nämlich vollumfänglich vom Gemeinwesen gehalten, besteht eine verfassungsmässige Garantie, dass die Mittel, die dem Aktionär entweder zufließen oder auf die er eben verzichtet, ohnehin dem Gemeinwohl zukommen.<sup>1489</sup> Ob dem Gemeinwohl durch die direkte Förderzweckverfolgung der Gesellschaft gedient wird oder durch Ausschüttung von Dividenden an das Gemeinwesen, das die empfangenen Mittel wiederum für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einsetzt, spielt letztlich keine entscheidende Rolle. Jeder vermögensrechtliche Vorteil des Staates ist insofern an einen öffentlichen Zweck gebunden. Der nichtwirtschaftliche Endzweck des Staates (im Sinne des Gemeinwohls) wird mittelbar in die Aktiengesellschaft hinein verlängert.<sup>1490</sup> Bei einer vollständig vom Staat gehaltenen Aktiengesellschaft kann es jedenfalls nie zu einer vermögensrechtlichen Besserstellung von Privatpersonen kommen.

### cc) Staat und Private als Anteilsinhaber

- 683 Sind der Staat *und* Private an der Gesellschaft beteiligt, dürfte das Interesse des Gemeinwesens darin liegen, die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe sicherzustellen und dadurch das Gemeinwohl zu fördern. Dies entspricht dem Förderinteresse der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.<sup>1491</sup> Das Interesse der privaten Aktionäre dürfte darin bestehen, Dividenden zu beziehen oder den Aktienwert zu steigern, was demnach dem Unternehmensinteresse der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft entspricht. Solche Aktiengesellschaften kommen in der Praxis häufig deshalb zustande, weil das Gemeinwesen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zunächst auf Kapital angewiesen ist.<sup>1492</sup> Dieses Kapital wird im Privatsektor beschafft, was zu einem teilweise staatlichen und teilweise privaten Aktionariat führt.<sup>1493</sup> Eine solche Gesellschaft will beide Endzwecke gleichzeitig verfolgen. Der Staat als Kapitalgeber, der gleichzeitig zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe verpflichtet ist, hat regelmässig einen im aktienrechtlichen Sinne nichtwirtschaftlichen Motivationshintergrund. Die Gesellschaftstätigkeit soll nach der Intention des Staates nicht auf vermögensrechtliche Vorteile abzielen, sondern auf die effiziente Erfüllung

---

<sup>1487</sup> Siehe vorne N 26, 422.

<sup>1488</sup> Siehe zur faktischen Endzweckänderung vorne N 190 ff.

<sup>1489</sup> Vgl. Art. 5 BV.

<sup>1490</sup> Siehe hinten N 901 ff.

<sup>1491</sup> Demgegenüber kann es nicht das Ziel der Aktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck sein, das Gemeinwohl zu fördern. Siehe dazu WATTER/SPILLMANN, S. 107.

<sup>1492</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1816; STÖCKLI, Interessenkonflikte, S. 112; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N 9, wonach weitere Gründe darin bestehen können, dass das Gemeinwesen von den Fachkenntnissen der Privaten profitieren will oder sich eine bessere Akzeptanz in der Gesellschaft erhofft.

<sup>1493</sup> Eine solche Gesellschaft ist regelmässig «gemischtwirtschaftlich» im Sinne von Art. 762 OR.



einer Aufgabe, die er ohnehin zu erfüllen hätte.<sup>1494</sup> Demgegenüber verspricht sich der private Investor in erster Linie eine möglichst hohe Rendite. Ein Teil der Aktionäre ist folglich an einem wirtschaftlichen Endzweck interessiert, während der andere Teil eine nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung anstrebt. Dass diese Konstellation zu einem Spannungsverhältnis führt, liegt auf der Hand.

#### dd) Gemischter Endzweck der Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung

Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft und die bei ihr auftretenden aktienrechtlichen Probleme in Bezug auf den Endzweck haben in der Lehre Beachtung gefunden.<sup>1495</sup> Generell wird die gemischte Endzweckverfolgung für die gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften von der öffentlich-rechtlichen Doktrin für zulässig erachtet.<sup>1496</sup> Erforderlich sei dafür lediglich, dass der öffentliche Zweck in die Statuten deklariert wird.<sup>1497</sup> Auch die Problematik, die sich für die Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses ergibt, wird erkannt.<sup>1498</sup> Bei sowohl staatlicher als auch privater Beteiligung liege demnach ein *strukturell bedingter Konflikt* vor.<sup>1499</sup> Dieser führe beim Verständnis des Gesellschaftsinteresses zu einer *Zielkonkurrenz*, weil die zu verfolgenden wirtschaftlichen Interessen der privaten Beteiligten und die nichtwirtschaftlichen Interessen des Gemeinwesens divergieren.<sup>1500</sup>

In der (öffentlich-rechtlichen) Lehre wird dieser Problematik mit dem dogmatischen Konstrukt der *angemessenen Gewinnerzielung* begegnet.<sup>1501</sup> Dabei soll ein Kompromiss zwischen den beiden gegensätzlichen Stossrichtungen<sup>1502</sup> gefunden werden, wobei das Prinzip der Gewinnerzielung zwar beizubehalten ist, aber aufgrund öffentlich-rechtlicher Gesichtspunkte abgeschwächt werden muss.<sup>1503</sup> Die genauen Umrisse dieses Kompromisses bleiben indessen schleierhaft. Es wird lediglich empfohlen, das Verhältnis «möglichst genau» in den Statuten zu umschreiben.<sup>1504</sup> Bei Unklarheiten sollen dann aber die Gegebenheiten des Einzelfalls und insbesondere das konkrete Beteiligungsverhältnis darüber Aufschluss geben, welches Interesse gegenüber dem anderen Vorrang beanspruchen kann.<sup>1505</sup> <sup>1506</sup> Dieser Rückgriff auf die Beteiligung ist aus nachfolgenden Gründen abzulehnen.

<sup>1494</sup> Siehe zum Ganzen BUOB, S. 148 f.; FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 220; STEININGER, S. 246 f.; STÖCKLI, Diss., S. 308 ff.; DERS. Interessenkonflikte, S. 112 f.; STOFFEL, S. 191 ff.

<sup>1495</sup> BUOB, S. 135 ff.; STÖCKLI, Diss., S. 308 ff.; STOFFEL, S. 67 ff., 154 ff. Ferner FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 220 ff.; FORSTMOSER/JAAG, N 77 ff.; JAAG, S. 386 ff.

<sup>1496</sup> STÖCKLI, Interessenkonflikte, S. 115 f.; BUOB, S. 161 ff.; STOFFEL, S. 196 ff.

<sup>1497</sup> STÖCKLI, Diss., S. 311, 319.

<sup>1498</sup> Vgl. JAAG, S. 399, der zur Schlussfolgerung gelangt, dass Aktiengesellschaften nicht für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben geschaffen sind, und weiter, dass die Stellung des Gemeinwesens als Aktionärin nur beschränkt zur Wahrung von öffentlichen Interessen geeignet sei.

<sup>1499</sup> STÖCKLI, Diss., S. 308 f. Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1816.

<sup>1500</sup> BUOB, S. 148; STÖCKLI, Diss., S. 308; DERS., Interessenkonflikte, S. 112 f.

<sup>1501</sup> BUOB, S. 148; STÖCKLI, Diss., S. 317; STOFFEL, S. 200 f.

<sup>1502</sup> STÖCKLI, Diss., S. 319.

<sup>1503</sup> BUOB, S. 149; STOFFEL, S. 201 f.

<sup>1504</sup> BUOB, S. 149; STÖCKLI, Diss., S. 319.

<sup>1505</sup> JAAG, S. 389; STÖCKLI, Diss., S. 320. Ferner STEININGER, S. 243 f.

<sup>1506</sup> Offenbar entsprach es früher der Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung, die Steuerbefreiung bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in dem Umfang zu gewähren, in welchem der Staat beteiligt ist. Siehe SIMONEK, S. 232.

- 686 Zunächst entspricht es dem Wesen der Aktiengesellschaft, dass ihre Aktionäre nicht öffentlich bekannt sind.<sup>1507</sup> Dies bedeutet aber auch, dass sich die Aktionäre untereinander nicht zwingend kennen müssen. Von Gesetzes wegen ist folglich nicht bekannt, wie viele Aktionäre dem öffentlichen und wie viele dem privaten Sektor zuzuordnen sind.<sup>1508</sup>
- 687 Auch das gerade *aktuelle* Verhältnis zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Aktionären ist aus aktienrechtlicher Sicht ein untaugliches Kriterium, wenn es darum geht, die Relation zwischen den beiden Endzwecken zu eruieren.<sup>1509 1510</sup> Verkauft das Gemeinwesen seine Beteiligung an einen Privaten, ginge der nichtwirtschaftliche Endzweck vollends verlustig, ohne dass es zu einem Generalversammlungsbeschluss oder einer Statutenänderung gekommen wäre. Ein derartiger Vorgang käme entweder einer unzulässigen faktischen Endzweckänderung gleich oder müsste als unzulässige Nichtbeachtung des Einstimmigkeitserfordernisses bei Endzweckänderungen qualifiziert werden.<sup>1511</sup> Schliesslich wäre ein derart wandelbarer gemischter Endzweck aber auch aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes<sup>1512</sup> nicht hinzunehmen, denn die staatliche Beteiligung erweckt stets einen gewissen Rechtsschein. Ist ein gemischter Endzweck zwar vorhanden, die Beteiligung des Gemeinwesens an der Gesellschaft jedoch minimal, wird in Bezug auf die Gemeinwohlförderung ein unzutreffender Rechtsschein erweckt. Gerade in Bezug auf die Bonität einer juristischen Person darf vorausgesetzt werden, dass durch die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe als Gesellschaftszweck und aufgrund der Mitbeteiligung des Gemeinwesens ein erhöhtes Vertrauen geschaffen wird.<sup>1513</sup>
- 688 Auch FORSTMOSER lehnt solche gemischten Zweckbindungen bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften ab.<sup>1514</sup> Er erblickt darin eine Praxis *contra legem*, welche zu zahlreichen Unsicherheiten führe, und ortet Bedarf nach einer Spezialgesetzgebung, die diese Konstellationen im Wege der Privatisierung und eines damit einhergehenden Rechtskleidwechsels regeln soll.<sup>1515</sup>
- 689 Schliesslich wird in der Diskussion über die Zulässigkeit von gemischten Endzwecken bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften ein relevantes Argument übersehen. Die Lehre verlangt, dass der *nichtwirtschaftliche Endzweck* eindeutig und unmissverständlich im Zweckartikel zum Ausdruck

---

<sup>1507</sup> Sehr deutlich drückt sich dieser Grundgedanke in der französischen Bezeichnung der Aktiengesellschaft, «société anonyme», aus. Zudem sind die wirtschaftlich Berechtigten von Inhaberaktien den anderen Inhaberaktionären nicht bekannt.

<sup>1508</sup> Gerade bei Beteiligungsketten sind Rückschlüsse auf die tatsächlichen Beherrschungsverhältnisse kaum möglich.

<sup>1509</sup> Dasselbe ergibt sich auch aus dem Umstand, dass sich der Staat grundsätzlich auch im Sinne eines Privatrechtssubjekt an einer Aktiengesellschaft beteiligen kann, ohne dass die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Raum steht.

<sup>1510</sup> Vgl. BGE 120 II 47 E. 2 S. 52, wonach es nach der Struktur des schweizerischen Aktienrechts keine Rolle spielt, ob der Mehrheitsaktionär eine Person des privaten oder des öffentlichen Rechts ist.

<sup>1511</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Siehe vorne N 539 ff.

<sup>1512</sup> Siehe dazu vorne N 422 ff.

<sup>1513</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N 13. Ähnlich STÖCKLI, Interessenkonflikte, S. 112.

<sup>1514</sup> FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 217.

<sup>1515</sup> FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte, S. 224.

kommen muss.<sup>1516</sup> Konsequenterweise müsste dieselbe Anforderung auch an den *nichtwirtschaftlichen Teilendzweck* gestellt werden. Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe allein reicht für die eindeutige und unmissverständliche Begründung eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks nämlich nicht aus.<sup>1517</sup> So ist es durchaus möglich und in der Praxis anzutreffen, dass gewöhnliche wirtschaftliche Aktiengesellschaften eine öffentliche Aufgabe als Tätigkeitsgebiet festgelegt haben.<sup>1518</sup> Eignet sich die Gesellschaftstätigkeit sowohl für das Erwirtschaften eines Überschusses als auch zur Förderzweckverfolgung, ist nichts darüber ausgesagt, ob die Aktiengesellschaft einen wirtschaftlichen, einen nichtwirtschaftlichen oder einen gemischten Endzweck verfolgt.

Dass die Unklarheit über den Endzweck zu unsicheren, unbefriedigenden und im Grunde unhaltbaren Resultaten führt, zeigt das Beispiel der BLS AG, einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, die ein Eisenbahnunternehmen betreibt.<sup>1519</sup> Neben der öffentlichen Hand als Hauptbeteiligter verfügt die Gesellschaft über ein privates Minderheitsaktionariat.<sup>1520</sup> Im Zuge der Vernehmlassung zur laufenden Aktienrechtsrevision sah sich das «Schutzkomitee der privaten BLS-Aktionäre» veranlasst, bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften mit staatlicher Mehrheitsbeteiligung die Einführung eines Ausstiegsrechts für private Aktionäre im Falle von «vom Mehrheitsaktionär verursachten wesentlichen Änderungen (z.B. bei faktischer Aufgabe der Gewinnstrebigkeit)» zu fordern.<sup>1521</sup> Eine dieser Forderung entsprechende Gesetzesänderung ist soweit ersichtlich nicht vorgesehen, zumindest ist dem E-OR 2016 und der Botsch. Aktienrechtsrevision 2016 diesbezüglich nichts zu entnehmen.

Im Ergebnis ist zu fordern, dass der nichtwirtschaftliche Teilendzweck als solcher bei der Endzweckprogrammierung klar zum Ausdruck kommen muss.<sup>1522</sup> Die Aufnahme des öffentlichen Zwecks in die Statuten vermag nach der hier vertreten Auffassung das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken nicht in genügender Weise zu klären. Ebenso wenig kann das Prinzip der *angemessenen Gewinnerzielung*<sup>1523</sup> Abhilfe schaffen.

<sup>1516</sup> Die vorliegende Arbeit postuliert zusätzlich das Erfordernis der Bestimmtheit des Förderzwecks. Siehe dazu vorne N 436 ff.

<sup>1517</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N 17, wonach in Konfliktfall dem Gesellschaftsinteresse (gemeint ist die Gewinnstrebigkeit) Vorrang zu geben sei, sofern eine Kongruenz der beiden Interessen aufgrund der gegensätzlichen Endzwecke nicht möglich ist. A.M. STEININGER, S. 243 f., wonach bei einer hundertprozentigen Beteiligung des Staates keine Konfliktgefahr *mehr* für den Verwaltungsrat vorliegt, da sich Gesellschaftsinteressen und öffentliche Interessen vollständig deckten.

<sup>1518</sup> So etwa bei Spitex-Diensten, Altersheimen oder Behindertentransport-Dienstleistungen. Vgl. auch KS ESTV-Steuerbefreiung, Ziff. II 3 b und Ziff. II 4, wonach erkannt wird, dass zwischen einem gemeinnützigen bzw. öffentlichen Zweck und Uneigennützigkeit ein relevanter Unterschied besteht und nur diejenigen juristischen Personen in den Genuss einer Steuerbefreiung kommen sollen, welche uneigennützig operieren.

<sup>1519</sup> Die BLS AG ist durch Fusion aus der BLS Lötschbergbahn AG und der Regionalverkehr Mittelland AG hervorgegangen.

<sup>1520</sup> Anteile einsehbar unter <<https://www.bls.ch>> Unternehmen => Über uns => Aktionäre => Aktiengesellschaft> (Stand 28. Februar 2018).

<sup>1521</sup> Stellungnahme Schutzkomitee der privaten BLS-Aktionäre vom 12. März 2015, in: Stellungnahmen weiterer Vernehmlassungsteilnehmer (2), abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch>> Wirtschaft => Laufende Rechtsetzungsprojekte => Revision des Aktienrechts> Stand (28. Februar 2018).

<sup>1522</sup> Es reicht eben nicht, wenn bloss die Zweckprogrammierung die öffentliche Aufgabe ausdrückt, wie dies von STÖCKLI, Diss., S. 311, propagiert wird.

<sup>1523</sup> Siehe zum Prinzip der *angemessenen Gewinnerzielung* vorne N 685.

692 Diese Ausführungen führen zur unbefriedigenden Schlussfolgerung, dass gemischte Endzwecke, obwohl sie bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zur Rechtsrealität gehören, aus aktienrechtlicher Sicht abzulehnen wären.<sup>1524</sup> Damit solchen Aktiengesellschaften nicht die Rechtspersönlichkeit gemäss Art. 52 Abs. 3 ZGB abgesprochen werden müsste, können gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften mit gemischtem Endzweck – sei es aufgrund staatlicher und privater Beteiligung, sei es bei alleiniger staatlicher Beteiligung, aber fehlender nichtwirtschaftlicher Zweckprogrammierung – grundsätzlich nicht als zulässig erachtet werden, sondern sind als aktienrechtliche Ausnahme zu verstehen. Die Zulässigkeit bzw. das Tolerieren von gemischten Endzwecken kann sich nach der hier vertretenen Auffassung nur auf die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung beziehen und muss als Ausnahmefall<sup>1525</sup> qualifiziert werden.<sup>1526</sup> Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft als Ausnahmeerscheinung zu betrachten, rechtfertigt sich zusätzlich auch deshalb, weil das Gemeinwesen stets an die Grundrechte gebunden ist.<sup>1527</sup> Diese Bindung besteht unabhängig von der Höhe der staatlichen Beteiligung.<sup>1528</sup> Der private Aktionär ist demgegenüber lediglich zur Liberierung der gezeichneten Aktientitel verpflichtet.<sup>1529 1530</sup>

#### ee) Zwischenergebnis

693 Zusammenfassend ergibt sich, dass gemischte Endzwecke bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften zwar ein akzeptierter Teil der Rechtswirklichkeit sind, von dieser Tatsache jedoch nicht ohne Weiteres auf die allgemeine Zulässigkeit von gemischten Endzwecken bei der (privat gehaltenen) Aktiengesellschaft geschlossen werden kann. Die Duldung von gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften als Aktiengesellschaften mit gemischtem Endzweck ist als Ausnahme deshalb gerechtfertigt, weil der Staat eine besondere Stellung innehat und auch als Aktionär an die Grundrechte gebunden ist.<sup>1531</sup> Die Betrachtung des gemischten Endzwecks mit gleichzeitig staatlicher und privater Beteiligung

<sup>1524</sup> Vgl. STÖCKLI, Diss., S. 310.

<sup>1525</sup> Diese Erscheinung als Ausnahme zu qualifizieren, rechtfertigt sich auch im Lichte von Art. 762 OR, welche dem Staat eine Eingriffsmöglichkeit in die Privatwirtschaft bietet, allerdings systematisch nicht in die Konzeption des Aktienrechts passt. Das Konzept der Aktiengesellschaft sieht nämlich vor, dass allein die Generalversammlung den Verwaltungsrat wählen und abwählen kann (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR).

<sup>1526</sup> Dazu JAAG, S. 398. Vgl. auch BÜRGI, Art. 660, 661 N 17, der eine Besonderheit der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft darin sieht, dass eine statutarische Beschränkung in Form einer Maximaldividende ausnahmsweise zulässig, ansonsten aber im Grundsatz abzulehnen sei.

<sup>1527</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1860; JAAG, S. 387.

<sup>1528</sup> JAAG, S. 387, mit Verweisung auf BGE 109 Ib 146 ff., betreffend Schweizerische Nationalbank.

<sup>1529</sup> Art. 680 Abs. 1 OR.

<sup>1530</sup> Eine interessante Frage ist, wie der Verwaltungsrat bei einem unklaren Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken seiner Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR) nachkommen könnte. Solange nämlich nicht klar ist, wer von den Aktionären vermögensrechtliche, nichtwirtschaftliche oder gemischte Ziele anstrebt, ist eine Gleichbehandlung schwer vorstellbar. Vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N 17 und 21, wonach sich bei der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ebenfalls die Frage nach der Gleichbehandlung der Aktionäre stellt.

<sup>1531</sup> JAAG, S. 398.

zeigt aber, dass dem Grundsatz der Klarheit auch bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck entscheidende Bedeutung zukommt.<sup>1532</sup>

#### d) Klares Verhältnis zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Endzweck

Auch in der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck hat der Aktionär ein – wenngleich reduziertes – unentziehbares Recht auf Anteil am Gewinn. Dieses muss quantifizierbar sein, denn ansonsten wäre der Aktionär einem Entzug seines Vermögensrechts schutzlos ausgeliefert. Ein Endzweck wie bspw. «Die Gesellschaft verfolgt sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Endzwecke» ist abzulehnen. Der *Grundsatz der Klarheit* verlangt, dass nach Lektüre der Zweckumschreibung keinerlei Zweifel darüber bestehen, ob den Aktionären aus der unternehmerischen Tätigkeit wirtschaftliche Vorteile zufließen sollen oder nicht. Deshalb wird in vorliegender Arbeit als Grundsatz gefordert, dass der Terminus *nichtwirtschaftlicher Endzweck* in die Statuten aufgenommen wird.<sup>1533</sup> Diese Überlegung muss gleichermassen für den *nichtwirtschaftlichen Teilendzweck* gelten. Auch der Aktionär der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck gibt einen Teil seines wohlerworbenen Rechts auf Anteil am Bilanzgewinn auf. Es kann folglich nicht darauf ankommen, ob er dies umfassend oder nur zu einem bestimmten Teil tut. Der *nichtwirtschaftliche Teilendzweck* hat im Zusammenhang mit einer unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft auch den Förderzweck ausreichend klar zu bestimmen. Gerade bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck kann der Frage nach der Förderzweckbestimmung erhöhte Bedeutung zukommen.<sup>1534</sup>

Ein wandelbares oder unklares Verhältnis zwischen den Endzwecken schafft schwerwiegende Probleme. Abzulehnen ist insbesondere die Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Endzwecken anhand der persönlichen Interessen der Aktionäre. Dies würde nämlich dazu führen, dass der Verwaltungsrat bei der Verfolgung des Gesellschaftsinteresses stets zuerst abklären müsste, welches die Aktionärsinteressen sind. Da sich die Aktionäre grundsätzlich nicht kennen, wäre es dem einzelnen Aktionär auch nicht möglich abzuschätzen, wie viele Aktionäre an wirtschaftlicher und wie viele an nichtwirtschaftlicher Endzweckverfolgung interessiert sind.<sup>1535</sup> Ebenso könnte sich das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken bei Wechseln im Aktionariat laufend ändern. Anders als bei einer Beteiligung des Staates, bei welcher sichergestellt ist, dass der Staat entweder direkt oder indirekt nichtwirtschaftliche Ziele verfolgt, kann sich der Wille einer natürlichen Person jederzeit ändern. Der Aktionär kann aktienrechtlich auch nicht dazu verpflichtet werden, seine (wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche) Motivation beizubehalten.<sup>1536</sup> Überdies würde eine Pflicht des Verwaltungsrats zur Abklärung der individuellen Aktionärsinteressen einen Verstoß gegen Art. 717 Abs. 1 OR bedeuten. Der Verwaltungsrat hat nämlich die Interessen der *Gesellschaft* zu wahren und nicht (bzw. nur mittelbar) diejenigen der *Aktionäre*.<sup>1537</sup>

<sup>1532</sup> Dazu sogleich N 694 ff.

<sup>1533</sup> Alternativ sind auch Umschreibungen wie «keine Erwerbszwecke», «keine Gewinnabsicht», «nicht gewinnorientiert» oder «keine wirtschaftlichen Vorteile für Aktionäre» möglich. Siehe vorne N 434.

<sup>1534</sup> Siehe zur Bestimmtheit des Förderzwecks N 436 ff.

<sup>1535</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft vorne N 686 f.

<sup>1536</sup> Den Aktionär trifft keine Treuepflicht, sondern lediglich eine Leistungspflicht (Art. 680 Abs. 1 OR).

<sup>1537</sup> Siehe zum Unternehmensinteresse vorne N 74 ff.

696 Nachfolgend ist zu untersuchen, wie ein gemischter Endzweck statutarisch festgelegt werden könnte, um dem Grundsatz der Klarheit zu genügen.

#### **e) Festlegung in Prozenten/Bruchteilen**

697 Eine Klärung des Verhältnisses zwischen den beiden Endzwecken kann zunächst durch prozentuale Angabe bzw. Angabe nach Bruchteilen erfolgen. Dementsprechend könnte eine solche Zweckformulierung wie folgt lauten:

*«Die Gesellschaft handelt mit Waren aller Art im Sinne eines wirtschaftlichen Hauptendzwecks. Daneben unterstützt sie Organisationen, die humanitäre Hilfe leisten, im Sinne eines Nebenendzwecks. Der wirtschaftliche Teilendzweck beträgt 90 Prozent. Der nichtwirtschaftliche Teilendzweck wird demgegenüber zu 10 Prozent verfolgt.»*

698 Eine solche Zweckformulierung kommt zwar nicht besonders elegant daher, bringt jedoch unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Gesellschaft einen Zehntel ihres unternehmerischen Erfolges dem nichtwirtschaftlichen Endzweck widmet.<sup>1538</sup> Verwaltungsrat und Aktionäre wissen, in welchem Umfang erwirtschaftete Mehrwerte zwischen den beiden Endzwecken zu verteilen sind. Der gemischte Endzweck lässt sich durch eine prozentuale Quantifizierung in genügend klarer Weise fixieren.<sup>1539</sup>

699 Bei einer Festlegung nach Bruchteilen ist selbstverständlich auch die Gleichrangigkeit der Endzwecke möglich. So kann statutarisch festgehalten werden, dass die Endzwecke mit gleichwertigem Einsatz zu verfolgen sind oder dass derselbe Betrag, der an die Aktionäre ausgeschüttet wird, auch in die Förderzweckverfolgung zu investieren ist. Eine solche Gleichrangigkeit wäre als 50/50-Prozentfestlegung aufzufassen und würde die Anforderung der genügenden Klarheit erfüllen.

#### **f) Beschränkung des Dividendenanspruchs**

700 Das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken kann auch durch eine Beschränkung des Dividendenanspruchs ausgedrückt werden.<sup>1540</sup> Derartige Ausschüttungsbeschränkungen sind dem Gesellschaftsrecht nicht fremd. So sieht Art. 859 Abs. 3 OR für das Genossenschaftsrecht vor, dass bei Vorliegen von Anteilsscheinen auf den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen limitierte Ausschüttungen in Form von Geld möglich sind.

701 In Bezug auf die Aktiengesellschaft sind im Schrifttum Zweifel an der Zulässigkeit der statutarischen Fixierung einer Maximaldividende geäußert worden.<sup>1541</sup> Lässt sich indessen dem Zweckartikel ein

---

<sup>1538</sup> Ob die Aktiengesellschaft den «vollen» Gewinn ausweist oder die 10 % direkt zur Förderzweckverfolgung einsetzt, ist eine andere Frage. Siehe dazu sogleich N 721 f.

<sup>1539</sup> Einen gemischten Endzweck im hier verstandenen Sinne kennt das italienische Recht. Italienische Sportaktiengesellschaften sind verpflichtet, einen Betrag von mindestens 10 % des Gewinns in die Jugendförderung zu investieren. Siehe dazu SANINO/VERDE, S. 144 m.w.H.

<sup>1540</sup> Siehe dazu vorne N 656 ff.

<sup>1541</sup> BÜRGI, Art. 660, 661 N 17.

unmissverständlicher Hinweis auf einen gemischten Endzweck entnehmen und bestimmen die Statuten im Weiteren den maximalen Dividendenanspruch, besteht völlige Transparenz betreffend das Verhältnis der beiden Endzwecke. Ein derartiger Zweckartikel könnte wie folgt lauten:

*«Die Gesellschaft handelt mit Waren aller Art im Sinne eines wirtschaftlichen Hauptendzwecks. Daneben unterstützt sie Organisationen, die humanitäre Hilfe leisten, im Sinne eines Nebenendzwecks. Ein Fünftel des Betrags der an die Aktionäre ausgeschütteten Dividenden ist zur Verfolgung des nichtwirtschaftlichen Nebenendzwecks einzusetzen.»*<sup>1542</sup>

Eine derartige Beschränkung des Dividendenanspruchs lässt sich als Bestimmung über die Gewinnverwendung im Sinne von Art. 660 Abs. 1 OR qualifizieren. Für die Zulässigkeit einer solchen Dividendenbeschränkung spricht auch Art. 6 Abs. 1 lit. a StG. Diesem zufolge ist bei der Begründung oder Erhöhung des Nennwerts von Beteiligungsrechten keine Emissionsabgabe geschuldet, sofern die Gesellschaft die Förderung des Gemeinwohls<sup>1543</sup> bezweckt.<sup>1544</sup> Vorausgesetzt wird dabei unter anderem, dass die Statuten die Dividende auf höchstens sechs Prozent beschränken.<sup>1545 1546</sup> Das StG geht demnach davon aus, dass eine Dividendenbeschränkung aktienrechtlich zulässig ist.

Wird lediglich eine Maximaldividende vorgesehen, ohne gleichzeitig ausdrücklich den nichtwirtschaftlichen Teilendzweck festzuhalten, stellt sich die Frage, ob dadurch überhaupt ein gemischter Endzweck begründet wird. Es könnte sich nämlich um eine Bestimmung handeln, die die Frage regelt, in welchem Umfang Gewinn ausgeschüttet werden darf und in welchem Umfang er zu thesaurieren ist. Der Unterschied ist fundamental. Wird der Gewinn nicht ausgeschüttet, weil er thesauriert wird, bleibt der wirtschaftliche Endzweck unberührt, denn thesaurierte Mittel stehen mittelbar den Aktionären zu.<sup>1547</sup>

Diese Überlegung lässt sich anhand des Art. 24 Abs. 5 der Statuten vom 26. April 2016 der HC Fribourg-Gottéron S.A. illustrieren:

<sup>1542</sup> Eine solche Gesellschaft verpflichtet sich demnach, einen Fünftel des Gewinnes für einen «guten Zweck» einzusetzen. Ein derartiger Zweck dürfte auch seine Wirkung in Bezug auf das Image der entsprechenden Gesellschaft nicht verfehlen. Gerade in der Diskussion über die CSR-Problematik wäre die Einführung eines solchen gemischten Teilendzwecks prüfenswert. Siehe dazu vorne N 272 ff.

<sup>1543</sup> Dass damit nicht nur ein *gemeinnütziger Zweck* im Sinne der Steuerbefreiung nach Art. 56 lit. g DBG und Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG gemeint ist, zeigt bereits der französische Gesetzestext, der von «*œuvres d'utilité publique*» spricht (im Gegensatz zum deutschen Text «andere gemeinnützige Zwecke»). Weiterführend StG-Kommentar HINNY, Art. 6 N 3 ff.

<sup>1544</sup> Vgl. den Wortlaut in Art. 6 Abs. 1 lit. a StG «ohne einen Erwerbszweck zu verfolgen, entweder der Fürsorge für Bedürftige und Kranke, der Förderung des Kultus, des Unterrichts sowie anderer gemeinnütziger Zwecke oder der Beschaffung von Wohnungen zu mässigen Mietzinsen oder der Gewährung von Bürgschaften widmen.»

<sup>1545</sup> 6 % gilt bzw. galt anscheinend als «Normalrendite», welche den steuerrechtlich privilegierten Zweck nicht gefährdet. Siehe dazu StG-Kommentar HINNY, Art. 6 N 10.

<sup>1546</sup> Auch das KS ESTV-Steuerbefreiung geht in Ziff. II 4 davon aus, dass eine Statutenbestimmung, die Dividendenausschüttungen auf «keine übermässigen Dividenden» beschränkt, aktienrechtlich zulässig sei.

<sup>1547</sup> Der Unterschied zeigt sich auch am erforderlichen Quorum in der Generalversammlung. Während für eine Statutenänderung grundsätzlich die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen genügt (Art. 703 OR), ist zur Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks und Aufnahme eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks die Zustimmung jedes Aktionärs erforderlich (siehe hinten N 752 ff.).

*«En aucun cas l'assemblée générale ne pourra décider de la distribution d'un dividende supérieur à 6% (six pour-cent) du capital versé.»*

Diese Formulierung sagt für sich noch nichts darüber aus, ob neben der Ausschüttungsbeschränkung Gesellschaftsmittel für eine Förderzweckverfolgung eingesetzt werden sollen. Im Falle der HC Fribourg-Gottéron S.A. ergibt sich der nichtwirtschaftliche Hauptendzweck indessen aus einer Gesamtbeurteilung, die den soeben zitierten Art. 24 Abs. 5, den Zweckartikel (Art. 2)<sup>1548</sup> und den Art. 27 Abs. 5 über die Verwendung des Bilanzgewinns einbezieht.<sup>1549</sup> Die HC Fribourg-Gottéron S.A. ist demnach als Sportaktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck zu qualifizieren.<sup>1550</sup>

## **g) Klare Über- und Unterordnung**

### **aa) Im Allgemeinen**

- 705 In der Praxis sind den Statuten zahlreicher Sportaktiengesellschaften Indizien auf eine nichtwirtschaftliche Komponente zu entnehmen, ohne dass ausdrücklich von wirtschaftlichem Hauptendzweck und nichtwirtschaftlichem Nebenendzweck die Rede wäre.<sup>1551</sup>
- 706 Die Konstituierung eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks kann sich ausnahmsweise direkt aus dem Förderzweck ergeben, wenn es sich um eine Fördertätigkeit handelt, die grundsätzlich nicht geeignet ist, einen Überschuss zu erwirtschaften.<sup>1552</sup> Davon ist nach der hier vertretenen Auffassung bei Begriffen wie «Unterstützung» oder sogar noch eindeutiger «finanzielle Unterstützung» und «Förderung» auszugehen.<sup>1553</sup> Auf dieselbe Weise, wie ein nichtwirtschaftlicher Endzweck konstituiert werden kann, muss es auch möglich sein, einen nichtwirtschaftlichen Teilendzweck zu begründen. Allerdings stellt sich immer noch die Frage nach dem klaren Verhältnis zwischen den beiden Teilendzwecken. Bei Sportaktiengesellschaften werden Förderzwecke häufig mit Begriffen wie «ferner» hierarchisch zurückgestuft, woraus sich eine Nachrangigkeit gegenüber dem (wirtschaftlichen) Hauptendzweck ergibt. Im vorliegenden Kontext ist deshalb insbesondere von Belang, ob und unter welchen Voraussetzungen ein

---

<sup>1548</sup> Siehe vorne N 141.

<sup>1549</sup> «L'actif net, soit le produit de la réalisation de l'actif brut après paiement des dettes de la société sera, après remboursement du capital-actions versé, affecté à la réalisation de buts semblables à ceux prévus à l'article 2 présents statuts.»

<sup>1550</sup> Ein weiteres Beispiel ist die MC Zürich AG eine Gesellschaft, die sich gemäss ihren Statuten vom 13. Juli 2015 der kulturellen Publikation und Kommunikation auf gemeinnütziger Grundlage verschrieben hat (Art. 2 Abs. 1), ausdrücklich keinen Gewinn anstrebt (Art. 2 Abs. 3) und gemäss Art. 24 (Rechnungswesen und Gewinnverwendung) vorsieht: «Eine allfällige Dividende darf höchstens die Hälfte der Durchschnittsrendite der eidgenössischen Bundesobligationen und keinesfalls mehr als 6 % p.a. betragen. Die Ausrichtung von Tantiemen ist ausgeschlossen.» In Art. 26 Abs. 2 heisst es weiter: «Ein nach Erfüllung aller Verbindlichkeiten und Rückzahlung des einbezahlten Aktienkapitals zum Nennwert verbleibendes Reinvermögen muss einer anderen Institution mit gleichem oder ähnlichem Zweck zukommen, die steuerbefreit ist.»

<sup>1551</sup> Bei Sportaktiengesellschaften finden sich häufig Passagen wie bspw. «Sie bezweckt ferner die finanzielle Unterstützung sowie die Förderung des Eishockey-Nachwuchses des Vereins SCB-Eishockey-Sektion, Bern» (aus dem Zweckartikel der SCB Eishockey AG; siehe ganzer Zweckartikel hinten N 982).

<sup>1552</sup> Siehe vorne N 443 ff.

<sup>1553</sup> Siehe vorne N 444.



nachrangiger Nebenendzweck auch ohne Festlegung nach Prozenten oder Dividendenbeschränkung möglich ist.

### bb) Klar untergeordneter (nichtwirtschaftlicher) Förderzweck

Im Vereinsrecht wird eine Mischung eines wirtschaftlichen mit einem nichtwirtschaftlichen Endzweck eigentlich als unzulässig erachtet, unabhängig davon, ob dieser Mischendzweck statutarisch verankert ist oder einfach nur effektiv praktiziert wird.<sup>1554</sup> Dennoch wird ein gemischter Endzweck geduldet, sofern der wirtschaftliche Nebenendzweck von *eindeutig untergeordneter Bedeutung* ist und mit dem *Vereinszweck in einem Sachzusammenhang* steht.<sup>1555</sup> Eine klare Unterordnung und ein sachlicher Zusammenhang mit der nichtwirtschaftlich motivierten Tätigkeit werden also hingenommen, ohne dass deswegen die nichtwirtschaftliche Natur des Vereins in Frage gestellt würde.<sup>1556</sup>

707

Diese Überlegung lässt sich auf die Aktiengesellschaft übertragen. Kommt die Subordination des nichtwirtschaftlichen Endzwecks gegenüber dem wirtschaftlichen Hauptendzweck klar zum Ausdruck, besteht wie beim Verein kein Zweifel darüber, von welcher Grundausrichtung die Gesellschaft geprägt ist. Im Gegensatz zum Vereinsrecht ergibt sich aber hier die eindeutige Nachrangigkeit nicht aus dem Gesetz (Art. 60 Abs. 1 ZGB), sondern ist ausdrücklich und unmissverständlich festzuhalten. Kommt die Nachrangigkeit nicht klar zum Ausdruck, handelt es sich um einen unzulässigen *unklaren gemischten Endzweck*.<sup>1557</sup> Eine Nachrangigkeit kann sich aus Begriffen wie «ferner»,<sup>1558</sup> «im Weiteren»<sup>1559</sup> oder «sowie»<sup>1560</sup> *im Zusammenspiel (kumulativ)* mit einer Würdigung des jeweiligen Gesamtkontextes ergeben. Eine solche Unterordnung weist zwar nicht dieselbe Präzision auf wie eine prozentuale Fixierung oder eine Dividendenbeschränkungsregelung, doch trifft dasselbe auch auf den Verein und dessen wirtschaftlichen Nebenendzweck zu, der aus sachlich vertretbaren, praktischen Gründen hingenommen wird.<sup>1561</sup> Solche Gründe können auch für die Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck ins Feld geführt werden.

708

Die punktuelle Mitberücksichtigung von nichtwirtschaftlichen Interessen, die in einem Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit stehen, muss sich für die wirtschaftlichen Ziele nicht unbedingt negativ auswirken, sondern kann diese sogar begünstigen. Eine Sportaktiengesellschaft, die bspw. die

709

<sup>1554</sup> BSK ZGB I-HEINI/SCHERRER, Art. 60 N 11.

<sup>1555</sup> Siehe vorne N 45 f.

<sup>1556</sup> Siehe hinten N 808.

<sup>1557</sup> Siehe zu Unzulässigkeit eines unklaren gemischten Endzwecks soeben N 694.

<sup>1558</sup> Bspw. «Sie bezweckt ferner die finanzielle Unterstützung sowie die Förderung des Eishockey-Nachwuchses des Vereins SCB-Eishockey-Sektion, Bern», Auszug aus dem Zweckartikel der SCB Eishockey AG (vollständiger Zweckartikel im Anhang N 982). Vgl. auch Zweckartikel der SCL-TIGERS AG, hinten N 983.

<sup>1559</sup> Bspw. «...im weiteren Unterstützung von eigenen Partnerclubs sowie Partnerclubs des EHC Kloten», Auszug aus dem Zweckartikel der EHC Kloten Sport AG (vollständiger Zweckartikel hinten N 950). Vgl. auch Zweckartikel der EHC Winterthur Sport AG, hinten N 952.

<sup>1560</sup> Bsp. «...sowie Förderung und Betreuung des Nachwuchses im Eishockeysport», Auszug aus dem Zweckartikel der ZLE Betriebs AG (vollständiger Zweckartikel hinten N 987). Der Begriff «sowie» ist aus dem Sachzusammenhang auszulegen und kann ebenso eine Gleichrangigkeit implizieren. Insofern ist die Verwendung von «sowie» als Subordinationsindikator fragwürdig.

<sup>1561</sup> Siehe vorne N 46.

Verbreitung ihres Sports in der Region unterstützt, wird in der Zukunft möglicherweise davon profitieren, indem sie auf eine höhere Anzahl talentierter Junioren zurückgreifen kann. Auch dürfte sie dadurch ihr Image aufpolieren. Aus praktischer Sicht dürfte es bei solchen mit der unternehmerischen Tätigkeit zusammenhängenden Dispositionen kaum möglich sein, abstrakt festzulegen, was wirtschaftlich noch vertretbar ist und was rein ideell motiviert ist. Aus Sicht des Verwaltungsrats ist es jedenfalls sicherer, gezielt nichtwirtschaftliche Ziele abzudecken, welche mit der wirtschaftlichen Tätigkeit in Zusammenhang stehen.

- 710 Eine Abweichung vom Unternehmensinteresse kann aber nur punktuell und im Hinblick auf den konkreten Förderzweck zulässig sein. Bei der Flughafen Zürich AG darf bspw. nur dann von ökonomischen Überlegungen abgewichen werden, wenn auf «Anliegen der Bevölkerung um den Flughafen» Rücksicht genommen wird.<sup>1562</sup> Ein solcher Zusatzpassus im Gesellschaftszweck legitimiert (und verpflichtet) den Verwaltungsrat zum *punktuellen Abweichen* von Kosten-Nutzen-Überlegungen. Er darf demnach nur punktuell, in Bezug auf den bestimmten Förderzweck und nur in eindeutig untergeordnetem Ausmass vom Unternehmensinteresse abweichen. Wäre das Ausmass der Berücksichtigung beliebig bzw. veränderbar, käme dies einem unzulässigen, unklaren Verhältnis des gemischten Endzwecks gleich.<sup>1563</sup> Die geforderte Subordination ist daher strikt einzuhalten, da ansonsten die Grundausrichtung der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft in Frage gestellt werden müsste.<sup>1564</sup> Noch heikler ist die Frage der Zulässigkeit, wenn ein Sachzusammenhang fehlt, wie bspw. bei der Zweckformulierung «daneben unterstützt die Gesellschaft gemeinnützige Projekte». Weil die nichtwirtschaftlich motivierten Dispositionen hier ausserhalb des Tätigkeitsfelds der Gesellschaft erfolgen, sind an das untergeordnete Ausmass noch höhere Anforderungen zu stellen.<sup>1565</sup>
- 711 Im Ergebnis sprechen praktische Bedürfnisse sowie der Vergleich mit dem Vereinsrecht dafür, dass statutarisch verankerte ideelle Ziele zulässig sind, auch wenn das Verhältnis zwischen den Endzwecken nicht durch eine prozentuale Angabe oder durch Dividendenbeschränkung bestimmt ist. Erforderlich sind indessen eine eindeutige Unterordnung und ein Sachzusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit. Der Verwaltungsrat kann sich somit im Tätigkeitsbereich der Gesellschaft, über den Kosten-Nutzen-Rahmen hinaus, für nichtwirtschaftliche Ziele einsetzen, solange die wirtschaftliche Ausrichtung der Gesellschaft im Grundsatz unangetastet bleibt.<sup>1566</sup>

---

<sup>1562</sup> Siehe vorne N 651.

<sup>1563</sup> Sollen durch eine Gesellschaft in zusätzlichem Ausmass öffentliche Interessen wahrgenommen werden, obliegt es dem Gesetzgeber, rechtsetzend tätig zu werden. Ein Beispiel hierfür ist die Flughafen Zürich AG.

<sup>1564</sup> Sonst müsste unter Umständen eine teilweise Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks bzw. eine teilweise Aufgabe der Gewinnstrebigkeit im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR angenommen werden. Vgl. auch KRATZ, S. 88, wonach eine Aktiengesellschaft, die auf Dauer eine von ihrer wirtschaftlichen Grundausrichtung abweichende Tätigkeit verfolgt, einem gemischten Endzweck nachgehe, der deklariert werden müsse.

<sup>1565</sup> So bspw., wenn eine Bank Mittel für Tsunami-Opfer spendet.

<sup>1566</sup> So können bspw. auch Interessen von Stakeholdern über das Unternehmensinteresse hinaus berücksichtigt werden. Siehe zum Stakeholder-Ansatz vorne N 67 ff.

Die in Kapitel 1 betrachteten Zweckformulierungen der Gruppe «Hinweise auf einen gemischten Endzweck» sind nach der hier vertretenen Auffassung als Beispiele für gemischte Endzwecke mit wirtschaftlichem Hauptzweck und klar untergeordnetem Förderzweck zu qualifizieren.<sup>1567</sup>

712

### cc) Klar untergeordneter wirtschaftlicher Nebenendzweck

Einen wirtschaftlichen Nebenendzweck von untergeordneter Bedeutung zu statuieren, ist vor allem durch Fixierung einer Maximaldividende möglich. Wie eine klare Unterordnung des wirtschaftlichen Nebenendzwecks anderweitig quantifiziert werden könnte, ist nicht ersichtlich. Denkbar wäre immerhin eine Statutenbestimmung, die die Gesellschaft bspw. legitimiert, «bei gutem Geschäftsgang geringfügige Dividenden auszuschütten».<sup>1568</sup> Da aber auch solche Formulierungen kaum geeignet sind, dem Verwaltungsrat als Richtschnur für seine Pflichterfüllung zu dienen, ist ein untergeordneter wirtschaftlicher Nebenendzweck ohne Dividendenbeschränkung und ohne prozentuale Fixierung nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich abzulehnen.

713

Ein wirtschaftlicher Nebenendzweck von untergeordneter Bedeutung kann indessen realisiert werden, wenn die wirtschaftlichen Vorteile nicht in Form von Geldausschüttungen erfolgen und im Zusammenhang mit der Gesellschaftstätigkeit stehen. Ein Beispiel hierfür ist die Zürich Zoo AG, die in Art. 20 Abs. 4 ihrer Statuten folgende Bestimmung vorsieht: *«Erwirtschaftet die Gesellschaft einen Gewinn, so steht dieser dem Betrieb des Zoologischen Gartens zu. Die Aktionäre haben Anspruch, pro Aktie jährlich eine Freikarte für den Zoo Zürich zu beziehen.»* Die jährliche Freikarte stellt dabei einen vermögensrechtlichen Vorteil in anderer Form als in Geldausschüttungen dar und steht im Zusammenhang mit der Gesellschaftstätigkeit. Gleichzeitig besteht über den ansonsten nichtwirtschaftlichen Hauptzweck kein Zweifel, da der Anspruch auf Gewinn ausschliesslich dem Betrieb des Zoologischen Gartens zusteht.

714

### h) Konstituierung des gemischten Endzwecks im Zweckartikel?

Wie schon beim nichtwirtschaftlichen Endzweck lässt sich keine Pflicht ableiten, wonach der gemischte Endzweck im Zweckartikel zum Ausdruck kommen müsste. Aus Transparenzgründen ist indessen auch für den gemischten Endzweck eine Regelung *kumulativ* im Zweckartikel, in der Bestimmung über die Gewinnverwendung und in der Bestimmung über die Liquidation aufzunehmen. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre eine Dividendenbeschränkung, sofern sie sich nicht aus dem eingetragenen Gesellschaftszweck ergibt, als «Bemerkung» ins Handelsregister einzutragen.<sup>1569</sup> Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Kapitel 3 verwiesen werden.<sup>1570</sup>

715

<sup>1567</sup> Siehe vorne N 142 f.

<sup>1568</sup> Eine solche Formulierung würde immerhin die Ausgangslage einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft klären, so dass private Minderheitsaktionäre nicht dem Irrtum unterliegen, die Gesellschaft strebe in einem höheren Ausmass eine vermögensrechtliche Besserstellung ihrer Aktionäre an. Vgl. diesbezüglich das Beispiel der BLS AG vorne N 690.

<sup>1569</sup> Siehe vorne N 452.

<sup>1570</sup> Siehe vorne N 449.

## 6. Ergebnis

- 716 Die allgemeine Zulässigkeit des gemischten Endzwecks lässt sich aus Art. 660 Abs. 1 OR ableiten. Das Kernproblem des gemischten Endzwecks liegt darin, wie das Verhältnis zwischen den beiden sich diametral zuwiderlaufenden Endzwecken in genügend klarer Weise festgelegt werden kann. Der Vergleich mit der Genossenschaft, der GmbH und der Stiftung und deren Umgang mit dem gemischten Endzweck ist für die Aktiengesellschaft nicht ergiebig. Ebenso wenig lässt sich etwas aus dem problematischen Spezialfall der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft und dem Prinzip der angemessenen Gewinnerzielung gewinnen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein *klares, eindeutiges* Verhältnis der beiden Endzwecke zueinander zu fordern, sei es durch Festlegung nach Prozentsätzen, durch Dividendenausschüttungsbeschränkungen und durch eine eindeutige Unterordnung des Nebenendzwecks. Letzteres lässt sich durch Heranziehen des Vereinsrechts und dessen Umgang mit untergeordneten, wirtschaftlichen Zielen begründen. In (umgekehrter) Analogie dazu muss bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck der Förderzweck gegenüber dem wirtschaftlichen Endzweck klar untergeordnet sein und in einem Sachzusammenhang zum Gesellschaftszweck stehen.

## II. Bedeutung des gemischten Endzwecks für den Verwaltungsrat

### Vorbemerkung

- 717 Wie schon im Kapitel 3 zur nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist auch bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck in einem ersten Schritt zu prüfen, inwiefern der gemischte Endzweck das Gesellschaftsinteresse beeinflusst (1.). In einem zweiten Schritt ist sodann darauf einzugehen, ob sich die in Kapitel 2 für die wirtschaftliche Aktiengesellschaft beschriebenen Problemkreise in der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck entschärfen lassen (2.).

### 1. Gesellschaftsinteresse bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck

- 718 Das Gesellschaftsinteresse der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist das langfristige dauernde Gedeihen einer Unternehmung, verbunden mit der Steigerung des Unternehmenswertes (Unternehmensinteresse<sup>1571</sup>). Demgegenüber ist das Gesellschaftsinteresse der Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck die langfristige bestmögliche Förderzweckverfolgung (Förderinteresse<sup>1572</sup>). Bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck muss das Gesellschaftsinteresse aus einer Mischung dieser beiden Ansätze bestehen. In welchem Umfang das jeweilige Interesse verfolgt werden muss, ergibt sich aus den Statuten, wobei der Grundsatz der Klarheit verlangt, dass das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken unmissverständlich zum Ausdruck kommen und der Förderzweck bestimmt sein

---

<sup>1571</sup> Siehe vorne N 74.

<sup>1572</sup> Siehe vorne N 476.

muss.<sup>1573</sup> Im Umfang des wirtschaftlichen Endzwecks gilt somit das Unternehmensinteresse und im Umfang des nichtwirtschaftlichen Endzwecks gilt das Förderinteresse.

Das Gesellschaftsinteresse der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck kann demnach wie folgt definiert werden:

719

*«Das Gesellschaftsinteresse einer Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck ist zum einen das langfristige dauernde Gedeihen der Unternehmung verbunden mit der Steigerung des Unternehmenswertes im Umfang des wirtschaftlichen Teilendzwecks und zum anderen die langfristige bestmögliche Förderzweckverfolgung im Umfang des nichtwirtschaftlichen Teilendzwecks.»*

Oder kürzer formuliert:

*«Das Gesellschaftsinteresse der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck ist die gleichzeitige Verfolgung des Unternehmensinteresses und des Förderinteresses im proportionalen Verhältnis des wirtschaftlichen und des nichtwirtschaftlichen Teilendzwecks.»*

## 2. Verfolgung sportlicher Ziele beim gemischten Endzweck

### a) Sport als Mittel zum Zweck und als Selbstzweck

Der gemischte Endzweck setzt sich aus dem wirtschaftlichen und dem nichtwirtschaftlichen Teilendzweck zusammen. Der nichtwirtschaftliche Teilendzweck – also der Förderzweck – bezeichnet die ideellen Ziele, zugunsten derer vom Unternehmensinteresse abgewichen werden kann. Nur für diese Ziele ist eine Abweichung von wirtschaftlichen Überlegungen zulässig. Die klassische Sportaktiengesellschaft, die den «Betrieb einer Professional-Mannschaft» bezweckt, verfolgt im Umfang des nichtwirtschaftlichen Teilendzwecks rein sportliche Ziele.<sup>1574</sup> Eine Sportaktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck könnte ihren Zweckartikel aber auch auf konkrete sportliche Ziele programmieren (bspw. «Meister werden») oder ergänzend dazu nicht wettkampfbezogene Ziele aufführen (bspw. «Förderung des Stammvereins»). Der Verwaltungsrat hat sich demnach bei seiner Pflichterfüllung am konkreten Förderzweck und dessen Verhältnis zum wirtschaftlichen Teilendzweck zu orientieren.

720

### b) Direkte und indirekte Förderzweckverfolgung

Neben der Frage des Verhältnisses zwischen den beiden Teilendzwecken muss sich der Verwaltungsrat damit befassen, inwiefern er ausschüttbaren Gewinn erwirtschaften muss und inwiefern er den Förderzweck direkt zu verfolgen hat. Bei der indirekten Förderzweckverfolgung wird in einem ersten Schritt nach rein ökonomischen Überlegungen ein betrieblicher Überschuss angestrebt, welcher erst in einem zweiten Schritt dem ideellen Ziel zugewendet wird. Für jedermann ist somit klar, wie hoch der Überschuss ausgefallen ist, und somit auch, welchen Betrag es zwischen den beiden Endzwecken zu verteilen

721

<sup>1573</sup> Siehe vorne N 694 ff.

<sup>1574</sup> Siehe zum Begriff *rein sportliche Ziele* vorne N 165 ff.

gilt. Bei der direkten Förderzweckverfolgung wird zugunsten der Förderzweckverfolgung auf die Realisierung eines Teils des Überschusses verzichtet. Das bedeutet, dass der Jahresabschluss<sup>1575</sup> keinen genügenden Aufschluss darüber gibt, in welchem Umfang die Gesellschaft auf realisierbaren Gewinn verzichtet hat und wie viele Mittel für den Förderzweck eingesetzt wurden.<sup>1576</sup>

- 722 Die direkte Förderzweckverfolgung führt dazu, dass der Bilanzgewinn und somit das Recht auf Anteil am Gewinn im Sinne von Art. 660 Abs. 1 OR geschmälert werden. Damit die direkte Förderzweckverfolgung überhaupt realisierbar wird, hat der Verwaltungsrat seine Geschäftsführung und insbesondere die finanzielle Führung so zu organisieren, dass eine Bezifferung des mit der Förderzweckverfolgung verbundenen Mitteleinsatzes möglich ist.<sup>1577</sup> Nur durch eine geeignete Rechnungslegung kann abgegrenzt werden, wo zulasten der Aktionäre, aber zugunsten der Förderzweckverfolgung auf realisierbaren Gewinn verzichtet wurde.<sup>1578</sup>
- 723 Beim Stiftungsrecht verlangt die Lehre aufgrund von *Corporate-Governance*-Überlegungen eine getrennte Rechnungslegung, aus der ersichtlich wird, welche Mittel für Förderprojekte verwendet wurden und welche im Zusammenhang mit dem Betrieb der Unternehmung eingesetzt wurden.<sup>1579</sup> Um zu überprüfen, ob das statutarische Verhältnis zwischen den Endzwecken respektiert wurde, kann auch in der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck auf eine abgegrenzte Rechnungslegung gesetzt werden. Daraus muss idealerweise für die Aktionäre zu entnehmen sein, in welchen Geschäftsgebieten und mit welchem Resultat nach Überschuss gestrebt wird und wo und in welchem Umfang der Förderzweck verfolgt wurde. Nur durch eine solche Spartenrechnung lässt sich der Umfang der Förderzweckverfolgung betragsmässig beziffern. Erst die Kenntnis dieses Betrags erlaubt eine Aussage darüber, in welchem Umfang Dividendenausschüttungen möglich sind. Eine hohe Präzision darf dabei allerdings nicht erwartet werden. Es ist bspw. kaum möglich, eine Disposition wie «Freigabe eines Spielers für einen nicht obligatorischen Wettbewerb» rechnermässig präzise abzugrenzen. Nichtsdestotrotz ist die abgegrenzte Rechnung, begleitet von entsprechenden Erläuterungen im Jahresbericht, eine sinnvolle Methode, der Generalversammlung Rechenschaft zu erstatten.
- 724 Solange das Verhältnis zwischen dem wirtschaftlichen und dem nichtwirtschaftlichen Endzweck eindeutig bestimmbar ist, bleibt unabhängig von der Art der Förderzweckverfolgung eine nachträgliche Überprüfung der Geschäftsführung möglich. Dass oftmals nur eine unscharfe Abgrenzung möglich ist, ändert daran nichts. In einem allfälligen Verantwortlichkeitsprozess gegen die Gesellschaftsorgane sind einzelne Dispositionen zu beurteilen und es kommt die *Business Judgment Rule* zur Anwendung. Nach

---

<sup>1575</sup> Vor allem die Bilanz ist eine Momentaufnahme eines bestimmten Stichtags. Siehe dazu vorne N 448.

<sup>1576</sup> Exemplarisch ist die Problematik rund um die BLS AG, bei der sich die privaten Anleger eine Rendite auf ihre Investition wünschen, während für den mehrheitsbeteiligten Staat die Verfolgung von öffentlichen Aufgaben im Vordergrund steht. Siehe vorne N 690.

<sup>1577</sup> Daran haben insbesondere die Aktionäre ein Interesse. Nur eine Ausscheidung der rein unternehmerischen Sparten und der Förderbereiche lässt eine Aussage darüber zu, ob der Verwaltungsrat seine Aufgaben zufriedenstellend wahrgenommen hat.

<sup>1578</sup> Vgl. diesbezüglich die Ausführungen zur direkten Förderzweckverfolgung und zur Forderung nach einer getrennten Rechnungslegung für einzelne Förderprojekte als Bestandteil der Corporate Governance bei Stiftungen, vorne N 723.

<sup>1579</sup> SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, S. 81. Siehe auch FISCHER A., S. 656 f.

dieser Regel nimmt das Gericht keine inhaltliche Überprüfung von Geschäftsführungsentscheiden vor, die auf einem sorgfältigen Entscheidungsprozess beruhen.<sup>1580</sup> Grundlage eines sorgfältigen Entscheidungsprozesses kann wiederum nur eine geeignete Rechnungslegung sein. Eine getrennte rechnungsmässige Abgrenzung ist zudem dann notwendig, wenn bei der Frage der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit zur Diskussion steht, ob eine *teilweise Steuerbefreiung* gestattet werden soll.<sup>1581</sup>

Verfolgt die Gesellschaft den Förderzweck direkt, ist folglich eine geeignete Rechnungslegung notwendig, die einen Rückschluss auf den Mitteleinsatz für den nichtwirtschaftlichen Teilendzweck zulässt.

725

### 3. Verfolgung sportlicher Zielen

Je nachdem, wie sich das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken gestaltet, kommt dem Verwaltungsrat der Sportaktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck ein grösserer oder kleinerer Spielraum bei der Verfolgung rein sportlicher Ziele zu. Die Frage, inwiefern vom Unternehmensinteresse abgewichen werden darf, kann dabei nur für den jeweiligen Einzelfall beantwortet werden.

726

Eine allgemeine Aussage darüber, ob der freiwillige Abstieg, die Teilnahme an verbandsrechtlich nicht vorgeschriebenen Wettkämpfen, die Freigabe von Spielern und die Verpflichtung von «überbeurteilten Spielern» im Einzelfall beim gemischten eher erlaubt ist als beim wirtschaftlichen Endzweck, lässt sich demnach nicht machen.

727

Durch die Aufnahme eines genügend bestimmten Förderzwecks, bspw. «die Gesellschaft unterstützt ferner den Stammverein finanziell und ideell», wird der Verwaltungsrat im Hinblick auf bestimmte Dispositionen legitimiert, vom Unternehmensinteresse abzuweichen. Dasselbe gilt für nicht wettkampfbetonte Ziele wie die Förderung von soziokulturellen Anliegen oder des eigenen Sports. Der konkrete Förderzweck und dessen Verhältnis zum wirtschaftlichen Teilendzweck sind Richtschnur für den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck.

728

Da wie gesehen für Sportaktiengesellschaften insbesondere eine Konstellation von Interesse ist, bei der der wirtschaftliche Endzweck klar übergeordnet und der Förderzweck untergeordnet ist,<sup>1582</sup> soll im Folgenden kurz auf diesen spezifischen gemischten Endzweck eingegangen werden.

729

### 4. Gemischter Endzweck durch klare Unterordnung des Förderzwecks

Ein klar untergeordneter Förderzweck legitimiert den Verwaltungsrat, vom Unternehmensinteresse abzuweichen. Umfangmässig darf es sich nur um geringfügiges Abweichen von Kosten-Nutzen-Überlegungen handeln und die wirtschaftliche Grundausrichtung darf dabei nicht in Frage gestellt werden. Der Förderzweck muss zudem in sachlichem Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit stehen.<sup>1583</sup> Der Verwaltungsrat einer Sportaktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck in der Ausprägung

730

<sup>1580</sup> Siehe vorne N 82 f.

<sup>1581</sup> Vgl. KOLLER, S. 448; SCHÖNENBERG, S. 10.

<sup>1582</sup> Siehe Gruppe «Hinweise auf einen gemischten Endzweck», vorne N 142 f.

<sup>1583</sup> Siehe vorne N 707 f.

«untergeordneter Förderzweck» kann somit punktuell, in Bezug auf konkrete, rein sportliche Ziele, legitimiert werden, vom Unternehmensinteresse abzuweichen, sofern dadurch die wirtschaftliche Finalität nicht übermässig beeinträchtigt wird.

- 731 Dass der untergeordnete Förderzweck in einem sachlichen Zusammenhang zur unternehmerischen Tätigkeit stehen muss, ist allerdings kein scharfes Kriterium; daher sind die Grenzen zwischen wirtschaftlich förderlichen, wirtschaftlich neutralen und nichtwirtschaftlichen Dispositionen fließend. Besonders deutlich tritt dies in Situationen zu Tage, wo Mittel zur Reputationspflege eingesetzt oder im Rahmen des *CSR*-Ansatzes<sup>1584</sup> für sozialverträgliches, verantwortungsbewusstes Handeln verwendet werden. Ob dabei jeweils wirtschaftlicher Eigennutzen oder Fremdnutzen im Zentrum steht, ist nicht leicht zu beurteilen. Wo die Verfolgung von sportlichen Zielen aus dem ökonomischen Blickwinkel noch vertretbar erscheint und wo das Gesellschaftsinteresse verletzt wird, ist auch bei sportlich motivierten Disposition kaum scharf voneinander abzugrenzen.
- 732 Kommt es indessen zum Konkurs einer Gesellschaft, die eine sportliche Erfolgsstrategie verfolgt hat, sind einzelne sportlich motivierte Dispositionen in einem anderen Licht zu sehen als bei einer rein wirtschaftlichen Aktiengesellschaft. In solchen Fällen kann ein untergeordneter Förderzweck für den Verwaltungsrat eine Entlastung darstellen, wenn es um die Frage geht, ob er pflichtwidrig vom Unternehmensinteresse abgewichen ist.

## 5. Praxisprobleme in Bezug auf die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats

- 733 Der gemischte Endzweck reduziert in der Regel die Pflicht zur gewinnstrebigem Geschäftsführung, hebt diese aber nicht auf. Im Umfang des wirtschaftlichen Endzwecks ist nach wie vor auf wirtschaftliche Vorteile der Aktionäre hinzuwirken. Insbesondere besteht die – wenn auch reduzierte – Pflicht zur Steigerung des Unternehmenswertes.
- 734 Dem Verwaltungsrat der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist es nicht gestattet, ein chronisch defizitäres Geschäftsmodell zu akzeptieren.<sup>1585</sup> Diese Überlegung ist auch auf den gemischten Endzweck zu übertragen, denn soll dem Aktionär ein – reduzierter – wirtschaftlicher Vorteil verschafft werden, muss die Gesellschaft mittel- und langfristig die Finanzierbarkeit der Geschäftstätigkeit aus eigener Kraft sicherstellen. Andernfalls wird es zu keiner Steigerung des Unternehmenswertes kommen. Für ein konstant defizitäres Geschäftsmodell ist folglich in der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck kein Platz.<sup>1586</sup>
- 735 Dasselbe gilt für den Umgang mit Gönnerbeiträgen. Bei Gönnerbeiträgen handelt es sich nicht um wiederkehrende, geschäftsmässig anfallende Einnahmen. Insbesondere falls es zu

---

<sup>1584</sup> Siehe zum *CSR*-Ansatz sogleich N 743.

<sup>1585</sup> Siehe vorne N 243.

<sup>1586</sup> Einzig vorstellbar ist die Konstellation eines nichtwirtschaftlichen Hauptendzwecks mit einem klar untergeordneten wirtschaftlichen Nebenendzweck, der im Sachzusammenhang mit der Geschäftstätigkeit steht. Ein Beispiel hierfür ist die Zoo Zürich AG, die pro Aktie jährlich eine Freikarte zusichert. Siehe vorne N 714.



Dividendenausschüttungen kommt, wird es nicht mehr gelingen, Gönner als Quelle regelmässiger Einnahmen zu gewinnen bzw. zu halten. Sobald den Aktionären von Sportaktiengesellschaften vermögensrechtliche Vorteile verschafft werden, ist – genau wie beim nichtwirtschaftlichen Endzweck – auch beim gemischten Endzweck nicht mit dem weiteren Zufluss von Gönnerbeiträgen zu rechnen.<sup>1587</sup>

Ein gemischter Endzweck entschärft also weder das Sachproblem der strukturell defizitären Finanzplanung, noch erleichtert er den Umgang mit Gönnerbeiträgen. Dies gilt namentlich auch für die praktisch relevante Konstellation der Sportaktiengesellschaft mit klar untergeordnetem Förderzweck. Ohnehin und unabhängig vom Endzweck unzulässig ist das Eingehen von übermässigen Klumpenrisiken.<sup>1588</sup> Der Verwaltungsrat ist auch beim gemischten Endzweck verpflichtet, strukturell defizitäre Strategien anzupassen und Gönnerbeiträge als reguläre Einnahmequelle abzubauen.

736

## 6. Strafrechtliche Aspekte

Die zulässige Mitberücksichtigung von rein sportlichen Zielen im Rahmen des gemischten Endzwecks stellt eine Pflicht im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR dar. Sofern eine Disposition im Widerspruch zum wirtschaftlichen Endzweck steht, aber vom Förderzweck gedeckt ist, kommt es zu keiner Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 StGB. Ein gemischter Endzweck kann demnach im Hinblick auf die Strafbarkeit einen entlastenden Einfluss haben. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum wirtschaftlichen und zum nichtwirtschaftlichen Endzweck verwiesen werden.<sup>1589</sup>

737

## 7. Zwischenergebnis

Das Gesellschaftsinteresse der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck setzt sich aus dem Unternehmensinteresse und dem Förderinteresse zusammen. Das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken muss eindeutig bestimmt sein, so dass klar ist, welcher Endzweck in welchem Umfang zu verfolgen ist. Im Rahmen des nichtwirtschaftlichen Teilendzwecks ist die Verfolgung von rein sportlichen (wettkampfbezogenen und nicht wettkampfbezogenen) Zielen möglich. Ob eine rein sportlich motivierte Disposition zulässig ist, kann nur im Einzelfall geprüft werden. Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Konstellation der Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Hauptendzweck und klar untergeordnetem Förderzweck. Bei dieser Ausprägung ist es dem Verwaltungsrat gestattet, in untergeordnetem Masse von Kosten-Nutzen-Überlegungen abzuweichen und rein sportliche Ziele zu fördern. Bei der Finanzverantwortung ergeben sich indessen keine Erleichterungen gegenüber dem wirtschaftlichen Endzweck. Der Verwaltungsrat darf kein strukturell defizitäres Geschäftsmodell verfolgen, muss Gönnerbeträge als Einnahmequellen abbauen und darf keine übermässigen Klumpenrisiken eingehen. Immerhin dürfte der gemischte Endzweck eine Entschärfung im Bereich der strafrechtlichen Risiken bedeuten.

738

<sup>1587</sup> Siehe vorne N 251.

<sup>1588</sup> Siehe vorne N 264.

<sup>1589</sup> Siehe vorne N 278 ff.

- 739 Aus Sicht des Verwaltungsrats einer Sportaktiengesellschaft, die faktisch rein sportliche Ziele verfolgt, kann der gemischte Endzweck keine gleichwertige Erleichterung bewirken, als es ein nichtwirtschaftlicher Endzweck vermag. Indessen wird er vom Gesellschaftsinteresse zumindest ein Stück weit legitimiert, bei der Geschäftsführung auch rein sportliche Ziele zu berücksichtigen. Idealerweise nimmt der Gesellschaftszweck auf wettkampfbezogene Ziele Bezug, bei deren Verfolgung der Verwaltungsrat neben einer wirtschaftlichen zugleich auch eine sportliche Erfolgsstrategie umsetzen kann. Gerade im Hinblick auf die Nachwuchsförderung oder bei anderen einzelnen Entscheiden, die nicht nach Kosten-Nutzen-Überlegungen, sondern unter Berücksichtigung der ideellen Natur des Sports getroffen werden sollen, empfiehlt sich aber eine entsprechende End- und Förderzweckprogrammierung.

### III. Bedeutung des gemischten Endzwecks für die Aktionäre

#### Vorbemerkung

- 740 Im nachfolgenden Abschnitt wird geprüft, inwiefern der gemischte Endzweck einen Einfluss auf die Rechtsstellung der Aktionäre entfaltet. Dabei wird zunächst die Beschränkung des Dividendenanspruchs sowie die Rechtslage bei der Liquidation bzw. bei der Rückzahlung von Stammkapital betrachtet (1. und 2.). Sodann wird untersucht, ob der gemischte Endzweck einen Einfluss auf die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht hat (3.). Weiter wird erörtert, wem die Kompetenz zum Fördermitteleinsatz zukommt (4.) und unter welchen Voraussetzungen Endzweckänderungen bei gemischten Endzwecken möglich sind (5.). Schliesslich ist noch auf den Verkauf von Beteiligungen mit Gewinn sowie auf eine allfällige Bildung von Aktionärskategorien einzugehen (6. und 7.), bevor zuletzt die praktische Relevanz des gemischten Endzwecks für Sportaktiengesellschaften gewürdigt wird (8).

#### 1. Beschränkung der Dividendenausschüttung

- 741 Der wirtschaftliche Endzweck und somit auch der Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn im Sinne von Art. 660 Abs. 1 OR ist beim gemischten Endzweck definitionsbedingt begrenzt.<sup>1590</sup> Der Grundsatz der Klarheit verlangt, dass das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken eindeutig bestimmt ist.<sup>1591</sup> Die Aktionäre der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck verzichten also zu einem bestimmten, aber auch bestimmbareren Bruchteil auf ihr wohl erworbenes Recht auf Anteil am Gewinn. Anstelle des aufgegebenen Rechts auf Gewinn tritt der Anspruch auf Verfolgung des Förderzwecks. Auf diese Weise vereinigt der gemischte Endzweck zwei sich widersprechende Standpunkte.
- 742 Für die Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Hauptendzweck und klar untergeordnetem Förderzweck bedeutet das, dass nach wie vor das Unternehmensinteresse im Vordergrund steht, so dass die

---

<sup>1590</sup> Diese Auffassung lässt sich auch auf den Gesetzeswortlaut von Art. 660 Abs. 1 OR stützen, wonach der Bilanzgewinn nur ausgeschüttet wird, sofern er gemäss Gesetz oder Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist, siehe dazu vorne N 656 ff. Siehe zur Beschränkung der Dividende ferner BÜRGI, Art. 660, 661 N 17.

<sup>1591</sup> Siehe vorne N 662 ff.

Investition immer noch als wirtschaftlich motivierte Geldanlage zu betrachten ist. Gleichzeitig wird diese wirtschaftliche Intention relativiert und es wird gestattet, rein sportliche Interessen zu berücksichtigen.

Diese Überlegung kann auch als Ansatz in der CSR-Diskussion dienen. Hierbei geht es um die Frage, ob Publikumsgesellschaften sich auf freiwilliger Basis und über das zwingende Recht hinaus sozialverträglich<sup>1592</sup> und verantwortungsbewusst verhalten sollen.<sup>1593</sup> Diese Forderung steht in einem Spannungsverhältnis zum Unternehmensinteresse und dem Interesse an der Steigerung des Unternehmenswertes.<sup>1594</sup> Der Verwaltungsrat darf Massnahmen, die dem CSR dienen, nur dann ergreifen, wenn er in sorgfältiger Abwägung zum Schluss gelangt, dass das Interesse am langfristigen Gedeihen des Unternehmens dadurch begünstigt werden kann.<sup>1595</sup> <sup>1596</sup> Wird nun der nichtwirtschaftliche Nebenendzweck als klar untergeordneter Förderzweck in die Statuten aufgenommen, entspannt sich das in der CSR-Diskussion beschriebene Spannungsfeld erheblich. Die Förderzweckverfolgung – wie bspw. der Einsatz für Umweltverträglichkeit – wird in beschränktem, untergeordnetem Umfang zum eigenständigen Gesellschaftsinteresse, und die Aktionäre haben demzufolge einen Anspruch darauf, dass auch diese Ziele bestmöglich verfolgt werden.<sup>1597</sup> Dadurch ergibt sich auch die gesellschaftsrechtliche Pflicht, über die Verfolgung von CSR-Zielen Rechenschaft abzulegen.<sup>1598</sup> <sup>1599</sup>

Der gemischte Endzweck ist aus der Perspektive der Aktionäre keineswegs nur als Nachteil zu verstehen. Vielmehr hat der Aktionär so die Möglichkeit, zwei Endzwecke und somit auch zwei Eigeninteressen gleichzeitig zu verfolgen. Gerade diese Aussicht kann für einen Investor, dem es eben nicht nur um Profitmaximierung<sup>1600</sup> geht, attraktiv sein und den Ausschlag für den Aktienerwerb geben.

Die Aktionäre einer Sportaktiengesellschaft, die an sportlich-ideellen statt an wirtschaftlichen Zielen interessiert sind, können durch einen gemischten Endzweck sicherstellen, dass die sportlichen Interessen im Sinne des Förderzwecks weiterhin den Profitgedanken einschränken, auch wenn die Gesellschaft einmal in den Profitbereich kommen sollte. So kann bspw., wenn in den Statuten eine Maximaldividende

<sup>1592</sup> Als weitere solche Begriffe finden sich «ökologisch» bei WATTER/SPILLMANN, S. 110, oder «humanitär» bei FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation, S. 201.

<sup>1593</sup> FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation, S. 198 ff.; WATTER/SPILLMANN, S. 95 ff.

<sup>1594</sup> Vgl. FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation, S. 197 ff. Illustrativ ist zudem das Beispiel bei FORSTMOSER, Gewinnmaximierung, S. 234 ff. betreffend Deutsche Bank, wonach trotz eines brillanten Geschäftsabschlusses ein massiver Arbeitsplatzabbau beschlossen wurde.

<sup>1595</sup> WATTER/SPILLMANN, S. 111.

<sup>1596</sup> Demgegenüber ist davon auszugehen, dass Aktionäre, die ihr Kapital für Anliegen ausserhalb des Gesellschaftszweckes verwenden möchten, gar nicht erst in eine Aktiengesellschaft investieren, sondern die jeweiligen Dritten direkt begünstigen. Siehe WATTER/SPILLMANN, S. 111 f.

<sup>1597</sup> Die Pflicht, «übergesetzliche» Branchenstandards zu beachten, ergibt sich in der Regel ohnehin schon aus dem Unternehmensinteresse, WATTER/SPILLMANN, S. 111.

<sup>1598</sup> Diese Pflicht liesse sich auf Art. 663d OR (Jahresbericht) stützen.

<sup>1599</sup> Zum Ganzen FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation, S. 197 ff. im Allgemeinen und S. 19 im Besonderen, wonach bei Publikumsgesellschaften die Berichterstattung über CSR-Bemühungen bereits heute denselben Stellenwert einnimmt wie diejenige zu den Finanzen (inkl. Prüfung durch unabhängige Kontrollstellen).

<sup>1600</sup> Will ein Investor auch ethische und moralische Werte oder aber den Nachhaltigkeitsgedanken berücksichtigen, kann die Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck als geeignetes Gefäss dafür dienen.

vorgesehen ist,<sup>1601</sup> bestimmt werden, dass sich diese am jährlich generierten ausschüttbaren Gewinn oder am Stammkapital orientieren soll.<sup>1602</sup>

- 746 Durch den Förderzweck – der von der Generalversammlung festzulegen ist<sup>1603</sup> – werden die jeweiligen Bereiche umrissen, in denen der Verwaltungsrat auf Kosten des Unternehmensinteresses ideell motiviert handeln darf. Zielt der Förderzweck auf sportliche Ziele ab, ist es eine Teilaufgabe des Verwaltungsrats, seine Geschäftsführung auch auf (rein) sportliche Ziele auszurichten. Eine mögliche Zweckformulierung könnte etwa lauten: «Die Gesellschaft bezweckt den Betrieb einer Professional-Mannschaft, [...] ferner strebt sie mit ihrer Mannschaft sportlichen Erfolg und insbesondere den Gewinn der Schweizermeisterschaft an.»

## 2. Liquidation und Rückzahlung von Stammkapital

- 747 Die Ausführungen in Kapitel 3 haben ergeben, dass bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft die Rückzahlung von Stammkapital grundsätzlich zulässig ist, wohingegen die Partizipation an einer Schlussdividende nicht in Frage kommt.<sup>1604</sup> Beim gemischten Endzweck muss konsequenterweise die Rückzahlung von Stammkapital genau wie bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zulässig sein. Die Höhe einer allfälligen Schlussdividende richtet sich nach dem Verhältnis der beiden Endzwecke. Bei einem prozentual festgelegten Verhältnis ist ohne Weiteres bestimmbar, in welchem Umfang die Aktionäre in den Genuss einer Schlussdividende kommen und welcher Betrag dem Förderzweck zuzuwenden ist.
- 748 Liegt ein klar untergeordneter Förderzweck vor, der durch direkte Förderzweckverfolgung bedient wird, so wird der nichtwirtschaftliche Nebenendzweck laufend verfolgt. Dadurch häufen sich grundsätzlich keine Mittel an, die einem nichtwirtschaftlichen Nebenendzweck verschrieben wären. Demzufolge rechtfertigt es sich nicht, die Liquidationsdividende einzuschränken. Da der klar untergeordnete Förderzweck auch stets im Umfang beschränkt ist und hinter dem wirtschaftlichen Hauptendzweck eindeutig zurücktreten muss, bleibt der Charakter der Gesellschaft wirtschaftlich geprägt, weshalb sich auch aus Verkehrsschutzüberlegungen keine nennenswerten Bedenken aufdrängen.<sup>1605</sup>
- 749 Sofern eine Statutenbestimmung ausdrücklich die gemischte Verwendung des Liquidationsergebnisses vorsieht, ist dies zu befolgen (vgl. Art. 660 Abs. 2 OR). Idealerweise enthalten die Statuten auch eine Anordnung darüber, ob das einbezahlte Stammkapital zurückgezahlt werden soll.<sup>1606</sup> Wurde der

---

<sup>1601</sup> Dass solche Überlegungen von praktischer Relevanz sind, sobald es einer Sportaktiengesellschaft gelingt, Gewinn zu erwirtschaften, zeigt das Beispiel des FC Basel, dessen neuer Erwerber öffentlich bekundet hat, er wolle sich maximal die Hälfte des künftigen Gewinnes auszahlen.

<sup>1602</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a StG.

<sup>1603</sup> Siehe zum erforderlichen Quorum sogleich N 754 ff.

<sup>1604</sup> Siehe vorne N 515 ff., 518 ff.

<sup>1605</sup> Siehe vorne N 707 ff.

<sup>1606</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 4 der Statuten der Zürich Zoo AG vom 14. Juni 2016: «Erwirtschaftet die Gesellschaft einen Gewinn, so steht dieser dem Betrieb des Zoologischen Gartens zu.» Vgl. auch Art. 19 Abs. 4 der Statuten der Opernhaus Zürich AG: «Nach erfolgter Tilgung der Schulden wird höchstens der Nominalbetrag unter die Aktionäre und der Restbetrag an die Staatskasse verteilt.»

gemischte Endzweck durch eine maximale, jährliche Dividende konstituiert (bspw. eine Beschränkung des Dividendenanspruchs auf sechs Prozent des Stammkapitals), wird zu kalkulieren sein, ob über die Jahre eine höhere Ausschüttung als jährlich sechs Prozent möglich gewesen wäre. Solche Mittel, die über die Maximaldividende hinaus generiert werden, sind dem nichtwirtschaftlichen Endzweck verschrieben und sind in der Liquidation diesem zuzuwenden, sofern sie nicht schon zur Förderzweckverfolgung verbraucht wurden. Um dies zu eruieren, ist eine genaue Analyse des Einzelfalls vonnöten.

### 3. Aktienrechtliche Rückerstattungspflicht

Durch die Konstituierung als Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck ändert sich auch das Gesellschaftsinteresse. Dispositionen, die unter rein wirtschaftlichem Endzweck unzulässig wären, können im Einzelfall vom Förderzweck gedeckt sein. Eine allfällige Rückerstattungspflicht im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR entfällt dadurch. Sieht der Förderzweck bspw. die finanzielle Unterstützung des Stammvereins vor, ist aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive das Gesellschaftsinteresse selbst bei Unentgeltlichkeit der Zuwendungen nicht nur nicht verletzt, sondern geradezu verwirklicht. Diese Erleichterung bezieht sich indessen nur auf den Förderzweck als Teilendzweck. Daneben bleibt der Verwaltungsrat auch an den wirtschaftlichen Teilendzweck und an das Unternehmensinteresse gebunden.

750

### 4. Kompetenz über Fördermitteleinsatz

Die Kompetenz über den Fördermitteleinsatz kommt grundsätzlich dem Verwaltungsrat zu.<sup>1607</sup> Im Rahmen der direkten Förderzweckverfolgung ergibt sich eine Machtverschiebung von der Generalversammlung hin zum Verwaltungsrat, da erzielbarer Gewinn nicht im Sinne von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR der Generalversammlung zur Beschlussfassung über dessen Verwendung unterbreitet wird. Vielmehr gilt auch in Bezug auf den Förderzweck, dass der Verwaltungsrat über die Verwendung von erwirtschaftetem Gewinn entscheidet.<sup>1608</sup> Der gemischte Endzweck führt im Umfang des Förderzwecks ebenfalls zu einer solchen Machtverschiebung. Für den Aktionär ist es deshalb bedeutsam, dass er weiss, wie und in welchem Umfang der Förderzweck verfolgt wird, hat er doch einerseits einen Anspruch auf bestmögliche Förderzweckverfolgung und andererseits auf Anteil am Bilanzgewinn.<sup>1609</sup>

751

### 5. Endzweckänderung bei gemischtem Endzweck

#### a) Endzweckänderung

Die Ausführungen zur Änderung des Endzwecks bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft sind grundsätzlich auch auf den gemischten Endzweck zu übertragen.<sup>1610</sup> Die Aufgabe eines bestimmten Teils des wirtschaftlichen Endzwecks ist grundsätzlich zulässig. Demgegenüber ist die vollständige

752

<sup>1607</sup> Siehe vorne N 524 ff.

<sup>1608</sup> Siehe vorne Machtverschiebung N 524 ff.

<sup>1609</sup> Das Beispiel der BLS AG illustriert die Situation für die Minderheitsaktionäre einer Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck, die den nichtwirtschaftlichen Teilendzweck direkt verfolgt. Siehe vorne N 690.

<sup>1610</sup> Siehe vorne N 538 ff.

Wiederaufnahme des ausschliesslich wirtschaftlichen Endzwecks grundsätzlich unzulässig, es sei denn, es kann gewährleistet werden, dass unter dem Regime der Nichtwirtschaftlichkeit erwirtschaftete Mittel auch tatsächlich für den Förderzweck verwendet werden.

### **b) Beschluss über Endzweckänderung: Quorum**

- 753 Für die Änderung des nichtwirtschaftlichen Teilendzwecks müssen dieselben Grundsätze gelten wie für den nichtwirtschaftlichen Endzweck. Im Umfang des wirtschaftlichen Teilendzwecks steht dem Aktionär nämlich ebenso ein wohlerworbenes Recht im Sinne von Art. 660 Abs. 1 OR zu.<sup>1611</sup> So könnte bspw. eine Statutenbestimmung, die die Verwendung des Gewinns zu 50 Prozent als Dividende und zu 50 Prozent als Zuwendung an den Förderzweck vorsieht, nicht mit einer Zweidrittelmehrheit im Sinne von Art. 704 OR eingeführt werden. Für die Aufgabe eines wirtschaftlichen Teilendzwecks ist demnach grundsätzlich die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs erforderlich. Dasselbe gilt auch für die Änderung einer Bestimmung über eine maximal zulässige Dividende. Eine Ausnahme von der geforderten Einstimmigkeit ist indessen prüfenswert für die Aufnahme eines nichtwirtschaftlichen Nebenendzwecks als klar untergeordneter Förderzweck.

### **c) Zweidrittelmehrheit bei Begründung eines klar untergeordneten Förderzwecks?**

- 754 Ein untergeordneter Förderzweck bietet eine attraktive Möglichkeit, den Kreis des Gesellschaftsinteresses auf bestimmte nichtwirtschaftliche Ziele auszuweiten, ohne den wirtschaftlichen Endzweck als grundlegende Finalität in Frage zu stellen. So kann punktuell zugunsten eines von den Aktionären als erstrebenswert erachteten Förderzwecks vom renditebasierten Denken abgewichen werden. Aus praktischer Sicht ist allerdings zu konstatieren, dass, sobald Streuaktionäre vorhanden sind, die Zustimmung jedes Aktionärs – also auch solcher, die nicht zur Generalversammlung erscheinen – nicht mehr realistisch ist.<sup>1612</sup>
- 755 Obwohl für einen Eingriff in das wohlerworbene Vermögensrecht des Aktionärs (Art. 660 Abs. 1 OR) grundsätzlich die Zustimmung jedes Aktionärs notwendig ist, sprechen für den Spezialfall der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck in der Ausprägung «wirtschaftlicher Hauptendzweck und klar untergeordneter Förderzweck» folgende Überlegungen dafür, ausnahmsweise eine Zweidrittelmehrheit im Sinne von Art. 704 OR zuzulassen.
- 756 Der untergeordnete Förderzweck ist nach der hier vertretenen Auffassung nur dann zulässig, wenn er einerseits von *klar sekundärer Bedeutung* ist und andererseits in einem *sachlichen Zusammenhang* mit dem Gesellschaftszweck steht. Die klare Unterordnung stellt sicher, dass die wirtschaftliche Grundausrichtung nicht ernsthaft in Frage gestellt wird. Umfangmässig muss der Verzicht auf das Vermögensrecht des Aktionärs (Art. 660 Abs. 1 OR) in einem «verkraftbaren» Bereich liegen. Zulässig wird aber auch ein solcher Eingriff erst durch den geforderten Sachzusammenhang. Der wirtschaftliche Endzweck

---

<sup>1611</sup> Siehe zum Recht auf Anteil am Bilanzgewinn vorne N 25 und zur Änderung des nichtwirtschaftlichen Endzwecks vorne N 542 ff.

<sup>1612</sup> Bei Publikumsgesellschaften ist die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs ohnehin utopisch.

wird also nicht voraussetzungslos, sondern zugunsten eines bestimmten Ziels abgeschwächt. Die Gesellschafter entscheiden in der Generalversammlung selbst, was sie als erstrebenswerte ideelle Ziele für ihre Gesellschaft erachten. Eine Abweichung vom wirtschaftlichen Endzweck ist dann akzeptabel, wenn der Förderzweck mit dem unternehmerischen Tätigkeitsfeld im Zusammengang steht. Dies ist bspw. der Fall, wenn eine Sportaktiengesellschaft die eigene Nachwuchsabteilung unterstützt oder ihre Sportart im Allgemeinen fördert.<sup>1613 1614</sup> Durch den hier geforderten Zusammenhang mit dem eigentlichen Tätigkeitsfeld nähert sich der Förderzweck stark an die Reputationspflege und an die Thematik der Unternehmenskultur an.<sup>1615</sup> Die Grenze zwischen klar untergeordnetem Förderzweck und Reputations- und Imagepflege ist ohnehin fließend. Nichtsdestotrotz wird durch die Aufnahme eines Förderzwecks der Berücksichtigung von ideellem, nichtwirtschaftlichem Verhalten eine andere Qualität verliehen. Um eine derartige Zweckänderung und damit die Förderzwecktätigkeit zu legitimieren, ist das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit der Generalversammlung ausreichend.<sup>1616</sup>

Die Einführung eines Förderzwecks von klar untergeordneter Bedeutung darf aber nicht durch Einführung mehrerer Förderzwecke bzw. durch Aufblähung des Förderzwecks dazu führen, dass dem Förderzweck keine *untergeordnete* Bedeutung mehr zukommt. Ansonsten könnte der wirtschaftliche Endzweck scheinbar aufgegeben werden. So verlangt etwa die Aufnahme einer Bestimmung, wonach Kapital uneingeschränkt für nichtwirtschaftliche Ziele eingesetzt werden darf, nach wie vor zwingend die Zustimmung jedes Aktionärs, denn anderenfalls wären Minderheitsaktionäre, die zusammen weniger als einen Drittel der Stimmen repräsentieren, dem Willen eines Mehrheitsaktionärs schutzlos ausgeliefert.<sup>1617</sup> Auch die Gewinnstrebigkeit wird bei einem klar untergeordneten Förderzweck lediglich in untergeordnetem Ausmass eingeschränkt, weshalb es zu keinem Verstoß von Art. 704 Abs. 2 OR kommt.

Liegt kein Sachzusammenhang zur Gesellschaftstätigkeit vor, ist auch ein klar untergeordneter Förderzweck als unzulässig abzulehnen.<sup>1618</sup> Will die Gesellschaft sich der Verfolgung völlig zweckfremder ideeller Ziele zuwenden, muss sie ihr Tätigkeitsfeld vorgängig entsprechend anpassen.

Die hier geforderte Zweidrittelmehrheit ist auch für den umgekehrten Fall, also jenen des nichtwirtschaftlichen Hauptendzwecks mit klar untergeordnetem wirtschaftlichem Nebenendzweck, anzuwenden. Auch hier ist ein Sachzusammenhang zwischen dem Förderzweck und dem Streben nach

<sup>1613</sup> Für ein Industrieunternehmen, das in einer umweltbelastenden Branche tätig ist, stehen ökologische Förderziele in Zusammengang mit dem Tätigkeitsfeld.

<sup>1614</sup> So wäre bei der Flughafen Zürich AG ein Handeln im Widerspruch zum Unternehmensinteresse nur möglich, wenn dadurch die Interessen der Bevölkerung bedient würden. Siehe zum Zweck der Flughafen Zürich AG vorne N 651.

<sup>1615</sup> Vgl. FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation, S. 206.

<sup>1616</sup> Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR fordert für die Änderung des Gesellschaftszwecks mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und das absolute Mehr der vertretenen Aktienwerte.

<sup>1617</sup> So ist es auch im Konzernrecht nicht möglich, dass eine Gesellschaft, in der Minderheitsbeteiligte vorhanden sind, sich durch einen Beschluss im Sinne von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR vollständig der Mehrheitsbeteiligten unterwirft. Siehe dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 188.

<sup>1618</sup> Ein Gastronomieunternehmen kann bspw. nicht mit einer Zweidrittelmehrheit als Förderzweck die Förderung des Pferdesports in ihren Zweckartikel aufnehmen.

vermögensrechtlichen Vorteilen zu fordern. Als Beispiel eines solchen Zwecks kann die Zoo Zürich AG genannt werden, die trotz ihres unbestritten nichtwirtschaftlichen Charakters ihren Aktionären statutarisch das Recht auf eine Freikarte pro Jahr einräumt.<sup>1619</sup>

- 760 Nach der hier vertretenen Auffassung ist demnach die Einführung eines untergeordneten Förderzwecks als nichtwirtschaftlicher Nebenendzweck, der im Sachzusammenhang mit dem Tätigkeitsfeld steht, mit einer Zweidrittelmehrheit und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte im Sinne vor Art. 704 Abs. 1 OR zulässig.

## 6. Verkauf mit Gewinn

- 761 Der Verkauf von Aktien einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft mit Gewinn ist deshalb problematisch, weil dadurch vermögensrechtliche Vorteile für die Aktionäre realisiert werden. Bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck sind vermögensrechtliche Vorteile für die Aktionäre immer Teil der Finalität. Wenn, wie gesehen, bereits für die Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ein Verbot des Weiterverkaufs mit Gewinn nicht haltbar ist – obschon im Ergebnis der nichtwirtschaftliche Endzweck torpediert wird –,<sup>1620</sup> lässt sich ein solches Verbot für die Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck erst recht nicht begründen.
- 762 Mit dem Kauf der Aktien übernimmt der Erwerber indessen die Beschränkung des wirtschaftlichen Endzwecks. Falls die Statuten bspw. eine Dividendenbeschränkung vorsehen, ist die Streichung einer solchen Bestimmung nur ausnahmsweise möglich, wenn die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs vorliegt und zusätzlich gewährleistet werden kann, dass bereits erwirtschaftete Mittel im vorgesehenen Umfang dem Förderzweck zugeflossen sind. Der gemischte Endzweck wirkt sich zudem ebenso wie der nichtwirtschaftliche Endzweck auf den Verkaufspreis und, im Falle einer *escape clause*, auf den wirklichen Wert im Sinne von Art. 685b Abs. 1 OR aus. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in Kapitel 3 verwiesen werden.<sup>1621</sup>

## 7. Aktionärskategorien

- 763 Sind unter den Aktionären solche, die wirtschaftliche Vorteile anstreben, und andere, die ideelle Ziele vor Augen haben, stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um zwei Aktionärsgruppen handelt, die jeweils gestützt auf Art. 709 Abs. 1 OR Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsrat geltend machen können. So wird bei der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft bspw. vereinzelt gefordert, den privaten Minderheitsaktionären sei ein verbindliches Vorschlagsrecht für eine gewisse Anzahl von Vertretern im Verwaltungsrat einzuräumen, da ihnen in dieser Konstellation eine besondere Rechtsstellung zukomme.<sup>1622</sup> Das Bundesgericht lehnt die Annahme einer derartigen besonderen Rechtsstellung ab und

---

<sup>1619</sup> Siehe vorne N 714.

<sup>1620</sup> Siehe vorne N 555 ff.

<sup>1621</sup> Siehe dazu N 566 ff.

<sup>1622</sup> VON GREYERZ, S. 312.



weist darauf hin, dass die Rechtsstellung des Aktionärs nicht davon abhängen könne, ob es sich um einen Privaten oder um die öffentlichen Hand handle, zumal für alle Aktionäre die gleichen Rechte und Pflichten gelten.<sup>1623</sup> Sind die gegensätzlich motivierten Aktionäre Privatpersonen, spielt deren innere Intention ohnehin keine Rolle. Den Privaten treffen nämlich bis auf seine Liberierungspflicht keine weiteren Pflichten, und es steht ihm frei, seine Absichten beliebig zu ändern.<sup>1624</sup>

Der gemischte Endzweck führt demnach nicht zu einer Kategorienbildung im Sinne von 709 Abs. 1 OR, auch wenn das Aktionariat hinsichtlich der Vorstellungen über den Endzweck in zwei Gruppen gespalten ist.

764

## 8. Zwischenergebnis und Würdigung

Ein gemischter Endzweck bewirkt stets eine Beschränkung des Dividenden- und in der Liquidation des Schlussdividendenanspruchs. Im Umfang des Vermögensanspruchs nach Art. 660 Abs. 1 OR, auf den verzichtet wird, tritt an dessen Stelle der Anspruch, dass der Förderzweck durch die Gesellschaft verfolgt wird.<sup>1625</sup> Auch auf eine allfällige aktienrechtliche Rückerstattungspflicht kann sich ein gemischter Endzweck auswirken und nichtwirtschaftlich motivierte Dispositionen rechtfertigen.<sup>1626</sup> Bei einer Endzweckänderung gilt für den nichtwirtschaftlichen Teilendzweck dasselbe wie für den nichtwirtschaftlichen Endzweck. Die teilweise Aufgabe der wirtschaftlichen Finalität bedarf grundsätzlich der Zustimmung jedes Aktionärs. Für die Begründung eines gemischten Endzwecks durch Aufnahme eines klar untergeordneten Förderzwecks rechtfertigt es sich jedoch aus sachlichen und praktischen Gründen, vom Einstimmigkeitserfordernis abzuweichen und eine Zweidrittelmehrheit im Sinne von Art. 704 OR zuzulassen. Gegen den Verkauf von Aktien einer Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck zu einem höheren Preis als zum Erwerbspreis ist nichts einzuwenden. Schliesslich kann ein gemischter Endzweck auch keine Aktionärskategorienbildung im Sinne von Art. 709 Abs. 1 OR bewirken.

765

Der gemischte Endzweck kann für eine Sportaktiengesellschaft deshalb interessant sein, weil dadurch sowohl vermögensrechtliche Interessen, als auch nichtwirtschaftliche Ziele unter einen Hut gebracht werden können. Gerade im Bereich des Mannschaftssports, wo das Bedürfnis besteht, die traditionellen Klubs vor der Übernahme durch (insbesondere ausländische) profitorientierte Investoren zu schützen, kann die Frage nach einem gemischten Endzweck von praktischer Bedeutung sein. Eine Fussballaktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck könnte so einerseits die finanzielle Quelle von Privatanlegern nutzen, wäre aber gleichzeitig so konstituiert, dass durch die Beschränkung der Gewinnaussichten nur solche Aktionäre interessiert sein dürften, die den sportlichen Charakter respektieren. Die Renditeaussichten von Sportklubs zu limitieren, stellt in der immer weiter voranschreitenden Kommerzialisierung des professionellen Sports ein Bedürfnis dar. In Deutschland wird diesem Bedürfnis durch die 50+1-Regelung nachgekommen, die verlangt, dass der (nichtwirtschaftliche) Stammverein die Mehrheit an

766

<sup>1623</sup> BGE 120 II 47 E. 2d S. 52 f.; ebenfalls ablehnend LASSERRE, S. 105 f.

<sup>1624</sup> Diesbezüglich unterscheidet sich der private Aktionär von der öffentlichen Hand als Aktionärin, welche in all ihren Handlungen an die Verfassung gebunden ist. Siehe dazu vorne N 682, 693.

<sup>1625</sup> Siehe vorne N 741 ff.

<sup>1626</sup> Siehe vorne N 752 ff.

der jeweiligen Sportkapitalgesellschaft hält. Für den Mäzen, dem es um sportliche und nicht um wirtschaftliche Erfolge geht, stellt indessen der gemischte Endzweck in der Ausgestaltung mit wirtschaftlichem Hauptendzweck und klar untergeordnetem Förderzweck kein geeignetes Instrument dar. Besteht kein Interesse an vermögensrechtlichen Vorteilen, bleibt der nichtwirtschaftliche Endzweck die geeignete Endzweckausrichtung. Dennoch können die Aktionäre durch die Aufnahme eines untergeordneten Förderzwecks dem Verwaltungsrat auferlegen, bestimmte nichtwirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen. Gerade bei der Förderung des Stammvereins ist ein Förderzweck auch für wirtschaftliche Aktiengesellschaften sinnvoll. Die *CSR* im Umfeld einer Sportaktiengesellschaft besteht in erster Linie in der Nachwuchsförderung und in der Förderung der eigenen Sportart.

- 767 Wird faktisch ein vollständig nichtwirtschaftlicher Endzweck verfolgt, ist auch bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck, wie schon bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft, der – reduzierte – Anspruch auf Anteil am Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR) verletzt. Dagegen kann sich ein Aktionär zur Wehr setzen. Es ist diesbezüglich auf die Ausführungen in Kapitel 2 zu verweisen.<sup>1627</sup>

## IV. Bedeutung des gemischten Endzwecks für andere Interessengruppen

### 1. Revisionsstelle und Gesellschaftsgläubiger

- 768 Weder der wirtschaftliche noch der nichtwirtschaftliche Endzweck einer Aktiengesellschaft entfalten Wirkung auf die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger. Dasselbe gilt auch für den gemischten Endzweck. Es kann auf die Ausführungen in Kapitel 2 und 3 verwiesen werden.<sup>1628</sup>
- 769 Ebenso ist keine bedeutendere Konsequenz für die Revisionsstelle erkennbar. Der Gewinnverwendungsantrag ist auf Gesetzmässigkeit und Statutenkonformität zu prüfen.<sup>1629</sup> Bei einem gemischten Endzweck ist folglich anhand des Einzelfalls zu prüfen, in welchem Umfang Ausschüttungen möglich sind. Wurde der gemischte Endzweck durch Dividendenbeschränkung begründet, ist die Revisionsstelle verpflichtet, die Ausschüttungen auf Statutenkonformität hin zu prüfen und bei einem Verstoss aktiv zu werden (Anzeigepflicht oder Hinweise in der Stellungnahme). Im Übrigen kann auf die Ausführungen in den Kapiteln 2 und 3 verwiesen werden.<sup>1630</sup>

### 2. Steuern

- 770 Der gemischte Endzweck legitimiert – wie bereits der nichtwirtschaftliche Endzweck – den Abschluss von Rechtsgeschäften, die dem Drittvergleich nicht standhalten. Hierbei muss es sich um Dispositionen handeln, die den Förderzweck begünstigen. Zugleich gilt es aber in einem bestimmten Ausmass auf eine

---

<sup>1627</sup> Siehe vorne N 293 ff.

<sup>1628</sup> Siehe vorne N 334 ff., 583 ff.

<sup>1629</sup> Siehe vorne N 328 ff.

<sup>1630</sup> Siehe vorne N 325 ff., 581 ff.

wirtschaftliche Besserstellung der Aktionäre hinzuwirken. Vor diesem Hintergrund sind konkrete Dispositionen für den jeweiligen Fall einzeln zu betrachten. Nichtsdestotrotz lassen sich nachfolgende allgemeine Aussagen machen.

#### a) Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung

Bei Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung ist unklar, ob diese als Kapitaleinlagen oder als Schenkungen zu qualifizieren sind. Sind wirtschaftliche Vorteile der Aktionäre – wenn auch nur in beschränktem Umfang – möglich, liegt «Entgeltlichkeit» vor, so dass eine Kapitaleinlage dem wirtschaftlichen Endzweck dienlich sein kann. Auch bei Zuwendungen der Aktionäre an ihre nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist nach der hier vertretenen Auffassung von einer Kapitaleinlage und nicht von einer Schenkung auszugehen. Die Qualifikation als Kapitaleinlage kann sich so für beide Teilendzwecke als gerechtfertigt erweisen. Die Gefahr, dass eine Zuwendung als unentgeltlich qualifiziert werden könnte, da sie dem endzweckwidrigen Einsatz dient, kann demnach durch einen geschickt formulierten Förderzweck reduziert werden. Es ist im Übrigen auf die Ausführungen in Kapitel 2 über den wirtschaftlichen Endzweck zu verweisen.<sup>1631</sup>

771

#### b) Zuwendungen von nahestehenden Gesellschaften und von Nichtaktionären

Obschon der steuerrechtliche Status der Gemeinnützigkeit offenbar auch bei Aktiengesellschaften mit gemischtem Endzweck möglich sein soll,<sup>1632</sup> wird er bei einem Sportklub nicht zu erreichen sein.<sup>1633</sup> Unentgeltliche Zuwendungen von Dritten sind deshalb grundsätzlich schenkungssteuerpflichtig und können vom Leistenden von der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer nicht in Abzug gebracht werden.<sup>1634</sup> Auf Zuwendungen von Nichtaktionären hat der Endzweck somit keinen Einfluss.

772

Die steuerrechtliche Problematik bei nahestehenden Gesellschaften bezieht sich auf den steuerrechtlichen Grundsatz «*dealing at arm's length*» und ist für den Einzelfall konkret zu untersuchen. Immerhin kann ein gemischter Endzweck bei einer Schwestergesellschaft dazu führen, dass eine Zuwendung in Richtung Sportaktiengesellschaft nicht nur handelsrechtlich gerechtfertigt, sondern eben auch bei der nahestehenden Gesellschaft als «geschäftsmässig begründet» angesehen werden kann. Durch eine entsprechende Zweckprogrammierung bei der zuwendenden Schwestergesellschaft kann demnach ein freundlicheres steuerrechtliches Klima für die Mittelflüsse in die Sportaktiengesellschaft geschaffen werden. Die Problematik der Schenkungssteuerpflicht bei der Sportaktiengesellschaft bleibt davon unberührt.<sup>1635</sup>

773

<sup>1631</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 345 ff.

<sup>1632</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a StG und KS ESTV-Steuerbefreiung, Ziff. II 4 betreffend «keine übermässigen Dividenden».

<sup>1633</sup> Siehe dazu vorne N 598 ff.

<sup>1634</sup> Vgl. Art. 33a DBG und Art. 9 Abs. 2 lit. i StHG für natürliche sowie Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG und Art. 25 Abs. 1 lit. c StHG für juristische Personen.

<sup>1635</sup> Siehe vorne N 353, 597.

### c) Zuwendungen der Sportaktiengesellschaft an Dritte

774 Zuwendungen an Dritte können im Förderinteresse der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck liegen. Ob sie geschäftsmässig begründet sind, ist anhand des Gesellschaftszwecks zu prüfen. Die Gesellschaft kann also gezwungen sein, Dispositionen vorzunehmen, die aus ökonomischen Gesichtspunkten nicht gerechtfertigt sind, wenn diese vom Gesellschaftszweck gefordert werden. In solchen Fällen liegt keine «Freiwilligkeit» vor, weshalb die Disposition als geschäftsmässig begründete Aufwendung zum Abzug zugelassen ist.<sup>1636</sup> Der gemischte Endzweck kann – wenn der Förderzweck die konkrete Disposition verlangt – die Grundlage für einen geschäftsmässig begründeten Aufwand bilden und somit die Gefahr einer verdeckten Gewinnausschüttung bzw. einer Gewinnverwendung mindern. Dem hinter der Sportaktiengesellschaft stehenden Mäzen kann dann jedenfalls nicht vorgeworfen werden, er hätte sich zunächst Mittel aus der Aktiengesellschaft auszahlen lassen und diese dann in einem zweiten Schritt aus der eigenen Tasche dem Stammverein zuwenden müssen.<sup>1637</sup>

775 Die Schenkungssteuerpflicht des Leistungsempfängers, namentlich des Stammvereins, bleibt davon unberührt.<sup>1638</sup>

### d) Zwischenergebnis

776 Durch gezielte Zweckprogrammierung kann eine Grundlage geschaffen werden, die zivil- und steuerrechtlich ein Abweichen vom *«dealing at arm's length»* rechtfertigt. Entspricht eine bestimmte Disposition dem Förderzweck, kann insbesondere dem Anteilsinhaber nicht der Vorwurf gemacht werden, er missbrauche die Gesellschaft zur Finanzierung von Privataufwand. Dies kann zu einer Reduktion von Steuerrisiken im Bereich Einkommenssteuern, Verrechnungssteuern und Gewinnsteuern führen. Im Übrigen ist auf die diesbezüglichen Ausführungen zum wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Endzweck zu verweisen.<sup>1639</sup>

## 3. Freiwilligenarbeit, Ehrenamtlichkeit und Sportförderung

777 Sowohl Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit als auch die Beziehung zur öffentlichen Hand werden durch einen nichtwirtschaftlichen Endzweck begünstigt,<sup>1640</sup> insbesondere weil gewährleistet ist, dass allfällige Überschüsse nicht in der Tasche privater Anleger landen. Der gemischte Endzweck sieht begriffsnotwenig zwar vermögensrechtliche Vorteile für die Aktionäre vor, doch ist deren Umfang klar definiert. Somit wissen Aussenstehende auch hier, woran sie sind und ob sich die Unterstützung der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck mit ihren eigenen Absichten und Strukturen verträgt.

---

<sup>1636</sup> Urteil des BGer vom 26.11.1993 E. 4a, in: ASA 51, S. 538 ff.

<sup>1637</sup> Siehe dazu vorne N 602 ff.

<sup>1638</sup> Siehe dazu vorne N 355.

<sup>1639</sup> Siehe vorne N 342 ff. und N 589 ff.

<sup>1640</sup> Siehe vorne 363 ff.

Zudem können Klubsympathisanten gezielt für Einsätze in einem auf den Förderzweck beschränkten Tätigkeitsbereich animiert werden.<sup>1641</sup>

Der gemischte Endzweck führt demnach im Vergleich zum wirtschaftlichen Endzweck zu einer besseren Kompatibilität mit der öffentlich-rechtlichen Sportförderung, ist der Ehrenamtlichkeit bzw. Freiwilligenarbeit förderlich und schafft Transparenz. 778

Dieses Ergebnis ist insofern zu relativieren, als sich Freiwillige, Ehrenamtliche und der Staat in erster Linie auf das faktische Gebaren der Sportaktiengesellschaft konzentrieren und kaum geneigt sind, eine differenzierte Analyse des Gesellschaftszwecks vorzunehmen.<sup>1642</sup> Nichtsdestotrotz bildet der Endzweck der Aktiengesellschaft das Fundament des Rechtskörpers und bestimmt – wenn auch auf subtile Weise – ihr Wirken gegen innen und aussen. 779

Ein gemischter Endzweck wirkt sich im Vergleich zu einem wirtschaftlichen Endzweck insgesamt positiv aus auf das Verhältnis zum Staat sowie auf die Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit. 780

## 4. Dachverband

### a) Gemischter Endzweck der Sportaktiengesellschaften im Allgemeinen

Wirtschaftliche Endzwecke von Sportaktiengesellschaften können beim Dachverband zu einem unzulässigen wirtschaftlichen Vereinszweck führen.<sup>1643</sup> Demgegenüber besteht diese Gefahr bei nichtwirtschaftlichen Endzwecken nicht mehr. Darüber hinaus hat der Dachverband ein Interesse daran, dass allfälliger Gewinn in «den Sport» – bspw. in die Förderung der eigenen Sportart – fließt statt in die Taschen von Aktionären. Aus Sicht des Dachverbands ist, allgemein formuliert, ein gemischter Endzweck dem wirtschaftlichen, nicht jedoch dem nichtwirtschaftlichen Endzweck vorzuziehen. Nachfolgend wird im Einzelnen auf den praktisch bedeutsamen gemischten Endzweck mit klar untergeordnetem Förderzweck sowie auf den gemischten Endzweck mit beschränktem Dividendenanspruch eingegangen. 781

### b) Gemischter Endzweck durch klar untergeordneten Förderzweck

Für den praktisch bedeutsamen Fall der Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Hauptzweck und untergeordnetem Förderzweck bleibt es aus Sicht des Dachverbands dabei, dass seine Mitglieder Rechtsträger sind, die nach einer vermögensrechtlichen Besserstellung ihrer Gesellschafter streben.<sup>1644</sup> 782

Das Grundproblem des verbotenen wirtschaftlichen Endzwecks auf Stufe Dachverband kann durch die Aufnahme von klar untergeordneten Förderzwecken auf Stufe der Verbandsmitglieder zwar nicht 783

---

<sup>1641</sup> Freilich ist es auch für eine wirtschaftliche Aktiengesellschaft möglich, «Förderprojekte» durchzuführen und dafür gezielt Freiwillige zu gewinnen.

<sup>1642</sup> Angesichts des grossen Ermessens seitens der öffentlichen Hand dürfte hier das Sprichwort «Taten sagen mehr als Worte» gelten.

<sup>1643</sup> Siehe vorne N 377 ff.

<sup>1644</sup> Vgl. dazu vorne Gruppe «Hinweise auf einen gemischten Endzweck» N 142 f.

behaben werden. Indessen kann statutarisch zumindest eine Grundlage geschaffen werden, die es der Sportaktiengesellschaft erlaubt, auch nichtwirtschaftliche, ideelle und namentlich sportliche Ziele zu berücksichtigen. Wird der Zweck so angepasst, dass die Interessen des Dachverbands auf die Stufe des Gesellschaftsinteresses erhoben werden, entspannt sich demnach die Situation des Dachverbands zusätzlich.<sup>1645</sup> Dabei handelt es sich um eine *Zweckanbindung an den Dachverband*, welche Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist (Kapitel 5).

- 784 Verfolgt ein Vereinsmitglied ausschliesslich wirtschaftliche Interessen, ist es ihm aufgrund seines Gesellschaftsinteresses geradezu untersagt, nichtwirtschaftlich motiviert zu handeln.<sup>1646</sup> Insofern ist es aus Sicht des Dachverbands begrüssenswert, wenn Sportaktiengesellschaften gemischte statt wirtschaftliche Endzwecke verfolgen. Noch wünschenswerter bleiben aber nichtwirtschaftliche Endzwecke.

### c) Gemischter Endzweck durch Dividendenbeschränkung

- 785 Eine Dividendenbeschränkung und eine damit verbundene Beschränkung des wirtschaftlichen Endzwecks der Sportaktiengesellschaft<sup>1647</sup> kann für den Dachverband eine Möglichkeit darstellen, ihren nichtwirtschaftlichen Charakter zu wahren.
- 786 Die Dividendenbeschränkung kann als Positionierung verstanden werden, die zum Ausdruck bringt, dass die Aktiengesellschaft im Grundsatz andere als wirtschaftliche Ziele verfolgt, Ausschüttungen aber nicht gänzlich verunmöglichen will. Ausschüttungen sind folglich nur in einem klar definierten Umfang möglich. Die derart beschränkten wirtschaftlichen Vorteile für die Aktionäre sind – bei ansonsten klarer nichtwirtschaftlicher Prägung – nach der hier vertretenen Auffassung vernachlässig- und tolerierbar. Diese Haltung nimmt auch das Stempelsteuergesetz in Art. 6 Abs. 1 lit. a StG ein. Demnach ist die Steuerbefreiung bei einer Maximaldividende von sechs Prozent des eingezahlten Kapitals möglich. Trotz der geforderten Gemeinnützigkeit wird eine auf sechs Prozent beschränkte Dividende als nicht derart schwerwiegend angesehen, dass der gemeinnützige Charakter in Frage gestellt würde.
- 787 Die Beschränkung der maximalen Dividende auf sechs Prozent des eingezahlten Kapitals muss nach der hier vertretenen Auffassung demnach ausreichen, um den nichtwirtschaftlichen Verbandszweck zu manifestieren. Wenn nämlich sogar die gemeinnützige Aktiengesellschaft ihren *gemeinnützigen* Charakter trotz einer beschränkten Dividendenausschüttung beibehält, kann der Dachverband, dem Aktiengesellschaften mit derselben Dividendenausschüttungsbeschränkung als Mitglieder angehören, ebenfalls nicht als wirtschaftlicher Verein bezeichnet werden. Der Dachverband kann zwar rechtlich die Sportaktiengesellschaften nicht zwingen, solche Bestimmungen in die Statuten aufzunehmen. Er könnte aber die Lizenzerteilung von deren Vorhandensein abhängig machen.<sup>1648</sup>

---

<sup>1645</sup> Es handelt sich dann um eine Zweckanbindung an den Zweck des Dachverbands, siehe dazu Kapitel 5.

<sup>1646</sup> Siehe zum Spannungsverhältnis zwischen Gesellschaftsinteressen und Verbandsinteressen sogleich N 805.

<sup>1647</sup> So wie sie etwa Art. 6 Abs. 1 lit. a StG vorsieht, wonach für eine Steuerbefreiung vorausgesetzt wird, dass Dividenden nur im Umfang von maximal 6 % des einbezahlten Aktienkapitals zulässig sind, Tantiemen nicht beschlossen werden dürfen und bei der Liquidation der Gesellschaft nicht mehr als das eingezahlte Kapital zur Auszahlung kommen kann.

<sup>1648</sup> Siehe hinten N 868.

## V. Zusammenfassung der Ergebnisse

In der Lehre wird der gemischte Endzweck mit der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft in Verbindung gebracht. Darüber hinaus gibt es Gesellschaften, die den Dividendenanspruch statutarisch beschränkt haben, und solche, deren Zweckartikel impliziert, dass neben wirtschaftlichen auch ideelle Ziele in nachrangiger Form mitverfolgt werden sollen. Die Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck wird im Aktienrecht nicht ausdrücklich geregelt, doch kann Art. 660 Abs. 1 OR als Rechtsgrundlage herangezogen werden. Daraus kann indessen nicht gefolgert werden, dass die gemischte Endzwecksetzung generell und in beliebiger Ausgestaltung zulässig sei.<sup>1649</sup>

788

Der Grundsatz der Klarheit des nichtwirtschaftlichen Endzwecks gilt ebenso auch für den nichtwirtschaftlichen Teilendzweck des gemischten Endzwecks. Der gemischte Endzweck kann dabei auf drei Arten begründet werden. Zunächst kann der Endzweck in Prozenten oder Bruchteilen festgelegt werden. Weiter wird der gemischte Endzweck durch eine Beschränkung des Dividendenanspruchs realisiert. Schliesslich kann auch ein klar untergeordneter nichtwirtschaftlicher Förderzweck bzw. wirtschaftlicher Nebenendzweck eine Gestaltungsmöglichkeit eines gemischten Endzwecks darstellen. Unklare Verhältnisse, wie sie bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung nicht selten vorzufinden sind, offenbaren aktienrechtlich unauflösbare Probleme und sind lediglich als Ausnahmeerscheinung zu tolerieren.<sup>1650</sup>

789

Das Gesellschaftsinteresse der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck ist die *gleichzeitige Verfolgung des Unternehmensinteresses und des Förderinteresses im Verhältnis des wirtschaftlichen zum nichtwirtschaftlichen Teilendzweck*. Zudem ist im Hinblick auf eine konkrete Tätigkeit zu unterscheiden, ob dadurch nach ökonomischen Gesichtspunkten unternehmerische Überschüsse erzielt werden sollen oder ob es sich dabei um die eigentliche Fördertätigkeit handelt.<sup>1651</sup>

790

Je nachdem, wie sich der gemischte Endzweck zusammensetzt, kommt dem Verwaltungsrat bei der Verfolgung von sportlichen Zielen ein grösserer oder kleinerer Handlungsspielraum zu. Aussagen darüber, inwiefern die in dieser Arbeit untersuchten sportlichen Ziele unter einem gemischten Endzweck verfolgt werden dürfen, können immer nur für den jeweiligen Einzelfall gemacht werden. Verglichen mit dem rein wirtschaftlichen Endzweck begünstigt indessen ein gemischter Endzweck die Verfolgung von sportlichen Zielen.<sup>1652</sup>

791

Solange ein wirtschaftlicher Teilendzweck verfolgt wird – und dies ist beim gemischten Endzweck begriffsnotwendig der Fall –, ist das Hinnehmen eines strukturellen Defizits mit der sorgfältigen Wahrnehmung der Finanzverantwortung nicht kompatibel. Ebenso wenig dürfen Gönnerbeiträge als gewöhnliche Einnahmen behandelt werden; folglich gilt es diese abzubauen. Klumpenrisiken sind von

792

<sup>1649</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 644 ff.

<sup>1650</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 694 ff.

<sup>1651</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 718 ff.

<sup>1652</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 726 ff.

vornherein, unabhängig vom Endzweck unzulässig. Der gemischte Endzweck vermag die rechtlichen Probleme im Bereich der Finanzverantwortung mithin nicht zu entschärfen.<sup>1653</sup>

- 793 Durch einen gemischten Endzweck kommt es zu einer Beschränkung des Rechts auf Anteil am Bilanzgewinn, die sich entweder aus dem Verhältnis der Endzwecke zueinander oder aufgrund einer statutarischen Dividendenbeschränkung ergibt. Wird der Förderzweck direkt verfolgt, kann nur eine Spartenrechnung darüber Aufschluss geben, in welchem Umfang Mittel für die Fördertätigkeit verbraucht wurden. Wie bei einer Liquidation vorzugehen ist, richtet sich nach dem konkreten Verhältnis der beiden Endzwecke zueinander. Mittel, die dem Förderzweck verschrieben sind, dürfen jedoch nie an Aktionäre ausgeschüttet werden. Auf eine allfällige aktienrechtliche Rückerstattungspflicht im Sinne von Art. 678 OR kann der gemischte Endzweck einen Einfluss haben.<sup>1654</sup>
- 794 Die Förderzweckverfolgung liegt wie bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft in der Kompetenz des Verwaltungsrates. Durch die direkte Förderzweckverfolgung wird auch beim gemischten Endzweck dem Verwaltungsrat die Macht zugestanden, über die Verwendung von erzielbarem Gewinn im Sinne des Förderzwecks zu entscheiden.<sup>1655</sup>
- 795 Wie beim Wechsel vom wirtschaftlichen zum nichtwirtschaftlichen Endzweck ist grundsätzlich auch bei der Aufgabe eines wirtschaftlichen Teilendzwecks die Zustimmung jedes Aktionärs erforderlich. Einzig für die Aufnahme eines klar untergeordneten Förderzwecks, der mit dem Hauptendzweck in sachlichem Zusammenhang steht, ist das Zweidrittelmehr gerechtfertigt. In Bezug auf einen Weiterverkauf der Aktientitel mit Gewinn ist ein gemischter Endzweck unerheblich. Schliesslich führt die Konstituierung der gemischten Endzwecksetzung nicht zu Aktionärskategorien im Sinne von Art. 709 Abs. 1 OR.<sup>1656</sup>
- 796 Die Wirkung des gemischten Endzwecks auf andere in dieser Arbeit untersuchten Interessengruppen kann nur unter Prüfung des jeweiligen, konkreten Einzelfalls gewürdigt werden. Der gemischte Endzweck ist indessen weder für Gesellschaftsgläubiger noch für die Revisionsstelle von spezieller Bedeutung. Auf die Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit sowie auf das Verhältnis zum Staat wirkt er sich insgesamt positiv aus, wenn auch nicht in gleichem Masse wie ein nichtwirtschaftlicher Endzweck.<sup>1657</sup>
- 797 Aus steuerrechtlicher Sicht hingegen können sich relevante Unterschiede gegenüber dem wirtschaftlichen Endzweck ergeben. Ein nichtwirtschaftlicher Teilendzweck kann bspw. eine sportlich motivierte Disposition der Sportaktiengesellschaft rechtfertigen, so dass diese als abzugsfähiger Aufwand durchgehen kann. Auf Seiten der Aktionäre hat eine statutarische Dividendenbeschränkung Einfluss auf eine allfällige Einkommenssteuer auf dem Beteiligungsertrag.<sup>1658</sup>

---

<sup>1653</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 733 ff.

<sup>1654</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 741 ff.

<sup>1655</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 751.

<sup>1656</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 752 ff.

<sup>1657</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 768 f., 777 ff.

<sup>1658</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 770 ff.



Aus der Perspektive des Dachverbands und seines wirtschaftlichen Teilendzwecks ist die Aufnahme von gemischten Endzwecken bei den Klubs insgesamt zwar weniger förderlich als der rein nichtwirtschaftliche Endzweck, aber immerhin besser als die rein wirtschaftliche Zweckausrichtung.<sup>1659</sup>

798

---

<sup>1659</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 781 ff.



## Kapitel 5 Anbindung des Gesellschaftszwecks an Dachverband

### Vorbemerkung

Nachdem in Kapitel 3 und 4 die Wirkung des vollständigen und des teilweise nichtwirtschaftlichen Endzwecks auf die Sportaktiengesellschaft erörtert wurde, geht es in diesem Kapitel darum, den Spezialfall der Zweckanbindung an den Dachverband zu untersuchen. Das bisherige Bearbeitungsschema wird beibehalten, so dass im ersten Teil der Begriff Zweckanbindung zu konkretisieren ist (I.) und im Anschluss die Bedeutung für Verwaltungsrat (II.), Aktionäre (III.) und für andere Interessengruppen (IV.) beleuchtet wird.

799

### I. Zweckanbindung an Dachverband

#### 1. Begriff

Unter dem Begriff «Zweckanbindung an den Dachverband» wird vorliegend die Aufnahme einer Bestimmung in die Statuten verstanden, die den Gesellschaftszweck und das sich daraus ergebende Gesellschaftsinteresse an den Zweck des Dachverbands und an das daraus fließende Verbandsinteresse knüpft.

800

#### 2. Abgrenzungen

##### a) Zur Mitgliedschaft beim Dachverband

Die Aufnahme einer Statutenbestimmung, die auf eine andere juristische Person Bezug nimmt, stellt einen gesellschaftsinternen Vorgang dar und betrifft das Innenleben der Körperschaft. Demgegenüber ist die zur Teilnahme an einer Meisterschaft notwendige Mitgliedschaft beim Dachverband kein Rechtsverhältnis, das die Grundstruktur der Aktiengesellschaft tangiert. Es handelt sich um eine rechtliche Beziehung, die die Aktiengesellschaft im Aussenverhältnis bindet. Die statutarische Zweckanbindung und die Mitgliedschaft beim Dachverband sind rechtlich strikt auseinanderzuhalten.

801

##### b) Zur klassischen konzernrechtlichen Unterwerfung

Eine Aktiengesellschaft, die ihren Zweck an einen Dritten anbindet, gibt einen Teil ihrer Autonomie preis. Diese Bindung stellt jedoch keinen Sachverhalt der Konzernunterwerfung dar, denn der Dachverband ist nicht Aktionär der Sportaktiengesellschaften. Zudem ist im Konzern die Muttergesellschaft ihrerseits regelmässig selbst eine Aktiengesellschaft und nicht ein Verein wie der Dachverband. Die Zweckanbindung an den Dachverband, so wie sie vorliegend verstanden wird, stellt keine eigentliche Unterwerfung dar, sondern stellt vielmehr eine Verknüpfung eigener Gesellschaftsinteressen mit dem

802

Verbandsinteresse her.<sup>1660</sup> Undenkbar ist eine konzernrechtliche Betrachtungsweise indessen nicht, worauf nachfolgend einzugehen sein wird.<sup>1661</sup>

### c) Zum Förderzweck zugunsten des Stammvereins

- 803 Eine Bezugnahme auf eine andere Körperschaft kann nicht nur gegenüber dem Dachverband, sondern auch gegenüber dem Stammverein erfolgen. So sieht bspw. der Zweck der SCL TIGERS AG die «Unterstützung sowie Förderung des Eishockey-Nachwuchses des Vereins Schlittschuh-Club Langnau» vor.<sup>1662</sup> Eine solche Zweckbindung legitimiert und verpflichtet die Gesellschaft, den Verein zu unterstützen. Die Legitimation, vom Unternehmensinteresse abzuweichen, wirkt nur punktuell und nur gegenüber dem Stammverein. Es geht also um die Legitimation zur *einseitigen* Unterstützung. Die Zweckanbindung ist immer im Lichte des bestehenden Mitgliedschaftsverhältnisses zu sehen. Die Sportaktiengesellschaft wird nicht etwa Vereinsmitglied beim Stammverein oder unterwirft sich auf andere Weise der Körperschaftsordnung des Stammvereins. Insofern setzt sie sich keiner Fremdbestimmung durch den Stammverein aus. Demgegenüber ist die Sportaktiengesellschaft in die vereinsrechtliche Organisation des Dachverbands eingegliedert

## 3. Erscheinungsformen

- 804 Einige Sportaktiengesellschaften nehmen in ihrer Zweckformulierung Bezug auf ihren Dachverband.<sup>1663</sup> Von einer eigentlichen Zweckanbindung kann hier allerdings nicht gesprochen werden – mit Ausnahme der F.C. LUGANO SA, die als einzige Sportaktiengesellschaft die Anbindung an den Dachverband (bzw. im Fussball: die Dachverbände) klar zum Ausdruck bringt: «[...] il tutto in armonia con le finalità e nell'osservanza delle norme e delle direttive della Associazione Svizzera di Football (ASF) e della Swiss Football League (SFL) e dei suoi organi.» Die Formulierung «in Harmonie mit dem Verbandszweck und unter Beachtung der Reglemente und Weisungen der Dachverbände und deren Organe» stellt nach der hier vertretenen Auffassung eine Zweckanbindung an den Dachverband dar.

## 4. Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafts- und Verbandsinteresse

- 805 Bei den Mitgliedschaftspflichten der Sportaktiengesellschaften handelt es sich um Pflichten im Aussenverhältnis der Gesellschaft, die durch Beitritt zum Dachverband begründet werden und so lange gelten, als kein Austritt erfolgt. Verbandsrechtliche Pflichten können indessen im Widerspruch zu gesellschaftsinternen Pflichten stehen, die sich namentlich aus dem Gesellschaftsinteresse ergeben.

---

<sup>1660</sup> Vgl. betreffend Einordnungsklausel im Konzernrecht BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 190.

<sup>1661</sup> Siehe sogleich N 840 ff.

<sup>1662</sup> Vgl. gesamten Zweckartikel im Anhang hinten N 983.

<sup>1663</sup> Vgl. Zweckformulierungen der FC St. Gallen AG, FC Basel 1893 AG, F.C. LUGANO AG, OLYMPIQUE DES ALPES SA, Betriebsgesellschaft FCZ AG sowie als einziger Vertreter des Eishockeys EHC Winterthur Sport AG. Siehe Zweckartikel im Anhang, hinten N 946 ff.

Spannungsverhältnisse sind dabei insbesondere beim Endzweck und hinsichtlich der aktienrechtlichen Körperschaftsautonomie auszumachen.

Fraglich ist bereits, ob unabhängig von einer allfälligen Zweckanbindung die Vereinsmitgliedschaft beim Dachverband angesichts der genannten Spannungsverhältnisse überhaupt zulässig ist. Hierfür ist eine eingehendere Betrachtung der vereinsrechtlichen Beziehung zwischen Sportaktiengesellschaft und Dachverband erforderlich. Sodann ist die Zulässigkeit der hier vorgeschlagenen Zweckanbindung und deren Wirkung auf die bereits bestehende vereinsrechtliche Bindung zu untersuchen.

806

## 5. Rechtsbeziehung zum Dachverband

### a) Verein als regelnde Rechtsform

Der nationale Dachverband (im organisierten Schweizer Sport) ist als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB eine «personenbezogene Körperschaft, zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke, die ein kaufmännisches Unternehmen betreiben kann und für deren Verbindlichkeiten vorbehaltlich einer anderen statutarischen Anordnung ausschliesslich das Körperschaftsvermögen haftet».<sup>1664</sup> Für den Verein sind die Persönlichkeit sowie die besonderen Fähigkeiten und Interessen seiner Mitglieder prägend, nicht aber deren finanzielle Beteiligung.<sup>1665</sup> Charakteristisch ist überdies der nichtwirtschaftliche Vereinsendzweck. Ein solcher ist so lange gegeben, als den Vereinsmitgliedern keine vermögensrechtlichen Vorteile zukommen.<sup>1666</sup>

807

### aa) Nichtwirtschaftlicher Endzweck des Dachverbands

Der Verein steht grundsätzlich nur für nichtwirtschaftliche Zwecke zur Verfügung.<sup>1667</sup> Wirtschaftliche Zwecke sind indessen erlaubt, wenn der Verein kein kaufmännisches Unternehmen betreibt.<sup>1668</sup> Die Organisation des nationalen (und auch internationalen) Sports ist in der heutigen Zeit ohne den Betrieb einer kaufmännischen Unternehmung kaum denkbar. Die wirtschaftliche Bedeutung und die kommerziellen Berührungspunkte der landesweiten Sportorganisation lassen dies zumindest für die grossen Mannschaftssportarten wie Fussball und Eishockey nicht zu. Für die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen der Klubs wäre demnach die Wahl einer anderen Rechtsform als derjenigen des Vereins erforderlich. Diesen Weg hat die SIHF mit der Auslagerung der National League in die *Schweizerische Eishockey Nationalliga GmbH* eingeschlagen, in der die Verfolgung eines wirtschaftlichen Endzwecks

808

<sup>1664</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 20 N 3.

<sup>1665</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 20 N 8.

<sup>1666</sup> Siehe vorne N 45 f.; ausführlich DIAS, S. 40 ff.

<sup>1667</sup> Art. 60 ff. ZGB.

<sup>1668</sup> Siehe vorne N 670.

möglich gewesen wäre.<sup>1669</sup> Nach rund einem Jahrzehnt entschied man sich jedoch für eine Wiedereingliederung in die SIHF.<sup>1670 1671</sup>

- 809 Die Dachverbände haben also von Gesetzes wegen einen nichtwirtschaftlichen Endzweck zu verfolgen, was sich in ihren Zweckartikeln widerspiegelt. So sind die SIHF<sup>1672</sup> sowie der SFV<sup>1673</sup> und die SFL<sup>1674</sup> neben ihrer organisatorischen Funktion auf sportlich-ideelle Ziele ausgerichtet.<sup>1675</sup>

#### **bb) Vereinsmitgliedschaft einer Aktiengesellschaft**

- 810 Mitglied eines Vereins im Sinne von Art. 60 ff. ZGB kann grundsätzlich jede juristische Person sein, die fähig ist, an einer Vereinsversammlung rechtsverbindlich ihr Stimmrecht auszuüben.<sup>1676</sup> Die Schweizer Dachverbände schreiben für Professional-Sportklubs sogar die Rechtsform der Aktiengesellschaft vor.<sup>1677</sup> Das Eingehen der Mitgliedschaft beim entsprechenden Landesverband ist ohnehin *conditio sine qua non* für die Teilnahme an nationalen sportlichen Wettkämpfen und somit auch unabdingbar für die Ausübung der Gesellschaftstätigkeit. Gleichzeitig besteht aufgrund der *Monopolstellung des Dachverbands* im organisierten Sport eine Aufnahmepflicht.<sup>1678</sup> Sind die vom Dachverband aufgestellten Anforderungen erfüllt, besitzt ein Sportklub bzw. eine Sportaktiengesellschaft einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Aufnahme beim Dachverband.<sup>1679</sup>

---

<sup>1669</sup> So sind bspw. die nordamerikanischen Sportklubs der grossen vier Ligen (Basketball, American Football, Baseball und Eishockey) als Companies konstituiert und verstehen sich als «Franchisenehmer». Siehe zum nordamerikanischen Sportmodell HAAS/MARTENS, S. 44. Auch die DEL ist eine GmbH nach deutschem Recht und würde, jedenfalls aus typologischen Gesichtspunkten, Ausschüttungen an die Gesellschafter, also die Klubs, zulassen.

<sup>1670</sup> Siehe dazu vorne N 382.

<sup>1671</sup> Siehe zum Ganzen HÜGI, § 8 N 45 ff.

<sup>1672</sup> Vgl. Auszug aus Art. 2 Statuten SIHF: «Die SIHF bezweckt, zusammen mit ihren Mitgliedern den Eishockeysport in der Schweiz sowohl an der Spitze als auch in der Breite zu entwickeln und zu fördern insbesondere durch die Organisation, Gestaltung und Durchführung des nationalen Spielbetriebs nach Massgabe der internationalen und nationalen Reglemente.»

<sup>1673</sup> Vgl. Auszug aus Art. 2 Statuten SFV: «Der SFV bezweckt [...] die Förderung, Regelung und Kontrolle des Fussballs in der Schweiz, wobei Fair Play und die erzieherische, kulturelle und integrative Kraft des Fussballs besonders berücksichtigt werden sollen [...] die körperliche Betätigung der Schweizer Bevölkerung, insbesondere der Jugend.»

<sup>1674</sup> Vgl. Auszug aus Art. 3 Statuten SFL: «Die SFL bezweckt insbesondere die Förderung des Fussballsports in der Schweiz.»

<sup>1675</sup> Vgl. dazu die formulierten Treuepflichten der SIHF (Art. 14 Statuten SIHF), der SFL (Art. 13 lit. a Statuten SFL) und des SFV (Art. 16 Abs. 1 lit. a Statuten SFV).

<sup>1676</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 67 N 43, Art. 70 N 7.

<sup>1677</sup> Siehe zur Rechtsformpflicht vorne N 98 f.

<sup>1678</sup> HÜGI, § 8 N 76 f.

<sup>1679</sup> Dabei kann es sich um sportliche Anforderungen wie etwa die sportliche Qualifikation (Aufstieg) handeln; möglich sind aber auch andere, bspw. wirtschaftliche, infrastrukturelle oder personelle, Anforderungen.

## b) Pflichten des Vereinsmitglieds

### aa) Pflichten des Vereinsmitglieds im Allgemeinen

Die Vereinsmitgliedschaft kann sowohl vermögensrechtliche (Art. 71 ZGB) als auch nicht vermögensrechtliche Pflichten mit sich bringen. So kann bspw. die Förderung des Vereinszwecks als ausdrückliche Pflicht in die Statuten aufgenommen werden, was gleichermassen eine Unterlassungspflicht in Bezug auf vereinserschädigendes Verhalten einschliesst.<sup>1680</sup> Darüber hinaus wird im Vereinsrecht, obschon es diesbezüglich keine gesetzliche Verankerung gibt, eine allgemeine Treuepflicht anerkannt.<sup>1681</sup> Ein Vereinsmitglied, welches die Interessen des Vereins durch sein Verhalten nicht wahrt, handelt treuepflichtwidrig.<sup>1682</sup> Die allgemeine Treuepflicht kann dabei eine positive, aktive Komponente aufweisen. So ist das Vereinsmitglied bspw. verpflichtet, den Verein zu informieren, wenn es Kenntnis über gewisse Eigenschaften eines anderen Vereinsmitglieds erlangt, die sich stark störend auf das Vereinsleben auswirken.<sup>1683</sup> Eine passive Komponente äussert sich insbesondere im *Unterlassen*. So kann bspw. die Mitgliedschaft in zwei Vereinen unzulässig sein, wenn diese in einem Konkurrenzverhältnis stehen.<sup>1684</sup>

811

Die allgemeine Treuepflicht des Vereinsmitglieds ist scharf abzugrenzen von der Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR. Erstere richtet sich an die *Mitglieder*, also an die Personen, die sich zur Körperschaft zusammengeschlossen haben, Letztere richtet sich an den Verwaltungsrat und somit an das Exekutivorgan der Körperschaft.<sup>1685</sup> Die Treuepflicht der Vereinsmitglieder ist ein gewichtiger Unterschied zum Aktienrecht, das eine entsprechende Pflicht der Aktionäre eben nicht kennt.<sup>1686</sup>

812

### bb) Treuepflicht der Sportaktiengesellschaften in der SIHF und in SFV/SFL

Die Schweizer Fussballklubs sind gegenüber ihren Dachverbänden statutarisch zur Treue und Loyalität verpflichtet und haben jegliches Verhalten zu unterlassen, welches deren Interessen abträglich sein könnte.<sup>1687</sup> Die Mitglieder der SIHF dürfen in ihren Statuten keine Bestimmungen enthalten, die den Vorschriften der SIHF zuwiderlaufen. Zudem anerkennen sie durch ihre Zugehörigkeit «ausdrücklich» das übergeordnete Recht der SIHF, namentlich deren Bestimmungen über den Spielbetrieb und die Rechtspflege. Diesbezüglich werden die Mitglieder sogar verpflichtet, entsprechende Regelungen in die Statuten aufzunehmen.<sup>1688</sup> Darüber hinaus sind auch die Mitglieder der SIHF verpflichtet, die Interessen

813

<sup>1680</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 70 N 186; HÜGI, § 8 N 83 ff.

<sup>1681</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 351; HEINI/PORTMANN/SEEMANN, § 13 N 255; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 20 N 40; BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 70 N 189 ff.; SCHERRER, Wie gründe und leite ich einen Verein?, S. 80 f.; ZEN-RUFFINEN, Droit du Sport, N 300. Vgl. auch BGE 74 II 158 E. 4a S. 165.

<sup>1682</sup> SCHERRER, Wie gründe und leite ich einen Verein?, S. 81. Vgl. zur Treuepflicht im Zusammenhang mit dem Vereinsinteresse BGE 131 III 97 E. 2.2 S. 101.

<sup>1683</sup> BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 70 N 193.

<sup>1684</sup> HEINI/PORTMANN/SEEMANN, § 13 N 255.

<sup>1685</sup> Auch das Exekutivorgan des Vereins, der Vorstand, hat gegenüber dem Verein eine Treue- und Sorgfaltspflicht ähnlich derjenigen nach Art. 717 Abs. 1 OR. Siehe vorne N 464.

<sup>1686</sup> Art. 680 Abs. 1 OR.

<sup>1687</sup> Art. 13 lit. a Statuten SFL und Art. 16 Abs. 1 lit. a Statuten SFV.

<sup>1688</sup> Art. 11 Ziff. 3 Statuten SIHF.

der SIHF zu wahren und bei ihrem Handeln auf das Wohl der SIHF und der anderen Klubs Rücksicht zu nehmen.<sup>1689</sup>

### cc) Konkrete verbandsrechtliche Pflichten

- 814 Neben der allgemeinen Treuepflicht können sich aus der vereinsinternen Ordnung (Statuten, Reglemente, Weisungen etc.) weitere konkrete Pflichten ergeben. Wichtige Regelungsbereiche sind etwa Sicherheit, Infrastruktur, Werbung und Spielerlizenzierung. Verbandsrechtliche Vorgaben können dabei auch aktienrechtlichen Inhalt zusätzlich regeln und sogar weiter reichen als die Bestimmungen des Obligationenrechts.<sup>1690</sup> So verlangt Art. 20 des Reglements für die Spielberechtigung in der National League und Swiss League, dass Angaben über stille Reserven zu machen sind und jährlich Betreibungsregisterauszüge eingereicht werden müssen. Zudem muss das Eigenkapital mindestens 30 Prozent der Bilanzsumme erreichen.<sup>1691</sup> Im Fussball wird für Super-League-Klubs die Pflicht zur Vornahme einer ordentlichen Revision begründet.<sup>1692</sup> Zudem sind verschiedene Unterlagen, unter anderem die budgetierte Gewinn- und Verlustrechnung sowie der Liquiditätsplan, für die zu lizenzierende Spielzeit einzureichen.<sup>1693</sup>

## 6. Zulässigkeit der Vereinsmitgliedschaft aus aktienrechtlicher Sicht

- 815 Die genannten Treue- und Loyalitätspflichten der Sportaktiengesellschaften haben aus rein sportlicher Sicht zweifellos ihre Berechtigung. Zweifelhaft ist indessen, inwiefern ein Privatregelwerk, wie es die Verbandsordnung ist, in das Aktienrecht mit seiner weitgehend formalen Natur<sup>1694</sup> eingreifen kann. Diese Frage ist vor allem dann von Interesse, wenn Verbandsinteresse und Gesellschaftsinteresse nicht kongruent sind.

### a) Sportliche Ziele der Klubs und sportliche Ziele des Dachverbands

- 816 Das verbandsrechtliche Ziel «Sport» ist inhaltlich nicht mit dem Tätigkeitsfeld oder dem Förderzweck «Sport» der Sportaktiengesellschaft identisch. Umgekehrt ist eine Sportaktiengesellschaft aufgrund ihrer innergesellschaftlichen Ordnung nicht zur Verfolgung der Verbandsinteressen verpflichtet, sondern kann auch andere sportliche Ziele verfolgen als diejenigen des Dachverbands. Der Dachverband wird bspw. die Nachwuchsförderung in der ganzen Schweiz anstreben, wohingegen die Sportaktiengesellschaft nur den eigenen oder den regionalen Nachwuchs fördern will. Pflichtwidrig im Sinne von Art.

---

<sup>1689</sup> Art. 14 Ziff. 1 und 2 Statuten SIHF.

<sup>1690</sup> Verbandsrechtliche Anordnungen sind insbesondere dann problematisch, wenn sie inhaltlich vom Obligationenrecht abweichen. Das Vereinsrecht kann höhere, nicht aber tiefere Anforderungen aufstellen als das Obligationenrecht. Vgl. dazu IZADI, S. 232, wonach die Richtlinien über die Spielerbewertung der SIHF nicht dem Obligationenrecht entsprechen und demnach bei der Revision besondere Beachtung angezeigt sei.

<sup>1691</sup> Anhang 2.1 des Reglements für die Spielberechtigung der National League (ehemals National League A) und der Swiss League (ehemals National League B).

<sup>1692</sup> Ziff. 5.1.1. Lizenzhandbuch SFL.

<sup>1693</sup> Ziff. 5.4.3 Lizenzhandbuch SFL.

<sup>1694</sup> Siehe zur formalen Natur vorne N 12 ff.



717 Abs. 1 OR wäre es bspw., wenn der Verwaltungsrat einer Sportaktiengesellschaft den Nachwuchs eines Konkurrenten finanziell unterstützen würde. Für den Dachverband ist demgegenüber die Förderung *aller* Nachwuchsbewegungen erstrebenswert.

Der Zweck einer Sportaktiengesellschaft und jener des Dachverbands unterscheiden sich folglich bereits auf inhaltlicher Ebene, also unabhängig vom Endzweck. In der Praxis führt dies zu keinen nennenswerten Problemen. Dort, wo *konkrete* verbandsrechtliche Pflichten bestehen, werden diese vereinsrechtlich durchgesetzt. Darüber hinaus wird in der Rechtsrealität von den Klubs keinerlei Verfolgung des Verbandszwecks erwartet. Die allgemeine Pflicht zu Treue und Loyalität sowie zur Interessenwahrung und Rücksichtnahme hat vielmehr eine präambelartige Funktion. Solange eine Sportaktiengesellschaft kein Verhalten an den Tag legt, das mit dem Verbandsinteresse kollidiert, wird von ihr nicht erwartet, dass sie das Verbandsinteresse aktiv fördert.

Konkrete verbandsrechtliche Pflichten sind, sofern deren Missachtung zu nachteiligen Sanktionen führt, von den Sportaktiengesellschaften einzuhalten. Ansonsten geht das Gesellschaftsinteresse dem Verbandsinteresse vor.

## **b) Spannungsverhältnis zwischen Endzweck der Aktiengesellschaft und Endzweck des Dachverbands**

Die Sportaktiengesellschaften sind einerseits verpflichtet, die Mitgliedschaftspflichten innerhalb des Dachverbands – die auf nichtwirtschaftlichen Ziele ausgerichtet sind – wahrzunehmen und andererseits das eigene Unternehmensinteresse zu beachten, das letztlich auf Gewinnerzielung und vermögensrechtliche Besserstellung ihrer Aktionäre hinausläuft. Durch diese ambivalente Situation entsteht ein Spannungsverhältnis.<sup>1695</sup> Verbands- und Klubinteressen stimmen nicht überein, was namentlich bei der Verteilung von Geldern aus der Zentralvermarktung augenscheinlich hervortritt. Je mehr Gelder an die Klubs ausgeschüttet werden, desto weniger verbleibt dem Dachverband zur eigenen Förderzweckverfolgung.<sup>1696</sup> Verfügt die Sportaktiengesellschaft demgegenüber über einen nichtwirtschaftlichen Endzweck, stimmen die Endzwecke von Verein (Dachverband) und Vereinsmitglied (Sportaktiengesellschaft) überein.

Der Widerspruch zwischen den Endzwecken ist indessen insbesondere aus dem Blickwinkel des Dachverbands problematisch, da es hierdurch zu einem unzulässigen wirtschaftlichen Verbandszweck kommen kann. Es ist zwar auch für eine Sportaktiengesellschaft problematisch, wenn sie ein Rechtsverhältnis eingeht, das sie in einen Konflikt mit dem Gesellschaftsinteresse bringen kann; indessen ist die Verbandsmitgliedschaft unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung ihrer Gesellschaftstätigkeit. Die

<sup>1695</sup> DIAS, S. 62 f., der zudem darauf hinweist, der Verein habe in einer solchen kontradiktorischen Situation strengstens darauf zu achten, die von ihr abhängigen juristischen Personen nicht missbräuchlich zu verwenden.

<sup>1696</sup> HAAS/MAARTENS, S. 53.

Sportaktiengesellschaft hat demnach, will sie ihren Endzweck verwirklichen, gar keine andere Wahl, als das Mitgliedschaftsverhältnis zum Dachverband einzugehen.

- 821 Entscheidend ist letztlich, dass der wirtschaftliche Endzweck ohnehin durch körperschaftsexterne Bindungen nicht rechtsgültig beeinflusst werden kann. Selbst durch die Aktionärsbindung lässt sich der Endzweck nicht verändern.<sup>1697</sup> Die Verbandsmitgliedschaft einer wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft ist demnach trotz des möglichen Konfliktpotentials hinsichtlich des Endzwecks nicht als grundsätzlich unzulässig zu qualifizieren.
- 822 Da die Sportaktiengesellschaften eigene sportliche Ziele verfolgen, werden sie unabhängig vom Endzweck ein Interesse daran haben, eine möglichst hohe Quote an den Einnahmen aus der Zentralvermarktung erhältlich zu machen. Neben das Spannungsverhältnis, das aus den unterschiedlichen Endzwecken herrührt, tritt somit zusätzlich ein Spannungsverhältnis aufgrund divergierender sportlicher Ziele.

### c) Spannungsverhältnis aufgrund von Beschränkung der Körperschaftsautonomie

#### aa) Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB

- 823 Die Aktiengesellschaft kann grundsätzlich Mitglied anderer Personenverbindungen sein.<sup>1698</sup> Indessen schränkt Art. 27 Abs. 2 ZGB den Umfang der Selbstbindung auch für die Aktiengesellschaft ein.<sup>1699</sup> Das Verbot der übermässigen Selbstbindung gilt auch für den Bereich der *wirtschaftlichen* Tätigkeit.<sup>1700</sup> Wird durch die teilweise Aufgabe der wirtschaftlichen Freiheit die wirtschaftliche Existenz gefährdet, kann darin ein Verstoß gegen die guten Sitten gesehen werden.<sup>1701</sup> Bei der Aktiengesellschaft bemisst sich am Zweck, wie weit ihr Persönlichkeitsrecht geht und wo die Grenzen zur unzulässigen Selbstbindung zu ziehen sind.<sup>1702</sup> Ist das Eingehen einer intensiven Bindung vom Zweck umfasst oder sogar explizit gewollt, ist eine übermässige Einschränkung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB kaum denkbar.<sup>1703</sup>
- 824 Auch ohne statutarische Zweckanbindung zielt das Tätigkeitsfeld der Sportaktiengesellschaften darauf ab, am nationalen Professional-Sport teilzunehmen. Jede Gesellschaft, die sich einem Geschäftsfeld zuwendet, muss notwendigerweise die dort vorherrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen akzeptieren. Verlangt der Zweck der Sportaktiengesellschaft die Teilnahme an den vom Dachverband organisierten Wettkämpfen, kann in der Verbandsmitgliedschaft demnach keine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB gesehen werden.

---

<sup>1697</sup> Siehe vorne N 194 ff.

<sup>1698</sup> Nicht jedoch als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer Kollektiv- (Art. 552 OR) oder Kommanditgesellschaft (Art. 594 Abs. 2 OR) bzw. einer Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 1 OR). Siehe dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 34.

<sup>1699</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 35. A.M. TAPPOLET, S. 117.

<sup>1700</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 77.

<sup>1701</sup> Vgl. BGE 84 II 355 E. 3 S. 366 f.

<sup>1702</sup> BEYELER, S. 94.

<sup>1703</sup> Vgl. RUSCH, Interzession, S. 84, der den Zweck als Gradmesser für eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB gegenüber anderen (aktienrechtlichen, schuldbetreibungsrechtlichen, steuerrechtlichen und strafrechtlichen) Normen als unwesentlich bezeichnet.

**bb) Einschränkung der internen Willensbildung**

Durch Beitritt der Aktiengesellschaft zu einem übergeordneten Verband liefert sich die Aktiengesellschaft einer gewissen Fremdbestimmung aus.<sup>1704</sup> Für einen Verein als Verbandsmitglied wird eine solche Fremdbestimmung als zulässig erachtet, sofern dadurch nicht die selbständige Willensbildung des Vereinsmitglieds ausgeschlossen wird.<sup>1705</sup> Dasselbe muss auch für die Aktiengesellschaft als Vereinsmitglied gelten. Bei der Aktiengesellschaft wäre die Intensität einer unzulässigen Einschränkung der Willensbildung dann erreicht, wenn die körperschaftsrechtliche Willensbildung im Verwaltungsrat und in der Generalversammlung nicht mehr möglich wäre.

825

Durch die Verbandsmitgliedschaft wird dem Vereinsmitglied die direkte Einflussnahme auf die rechtliche Gestaltung der Beziehung zwischen ihm und dem Verband weitgehend entzogen. Die Mitgliedschaftsbeziehung zu einem Verein unterscheidet sich dadurch von rein obligatorischen Beziehungen. Denn das Mitgliedschaftsverhältnis kann später – durch Mehrheitsbeschluss im Verein und somit auch gegen den Willen einer einzelnen Sportaktiengesellschaft – abgeändert werden. Rein vertragliche Rechte und Pflichten sind demgegenüber nur durch Zustimmung aller Vertragsparteien möglich (gefordert ist nach Art. 1 Abs. 1 OR die gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung).<sup>1706</sup> Der Eingriff in die Selbstbestimmung ist darin zu erblicken, dass sich die Bindung in unabsehbarer Weise ausweiten kann. Eingriffs- und auch Weisungsrechte Dritter kann die Aktiengesellschaft jedoch auf vertraglicher Ebene nur beschränkt entgegennehmen.<sup>1707</sup> Erreicht die Fremdbestimmung ein Ausmass, das die Willensbildung derart einschränkt, dass das Verbandsinteresse das Gesellschaftsinteresse verdrängt, ist ein Verstoß gegen die selbständige Willensbildung und somit ein unzulässiger Eingriff in die Körperschaftsautonomie gegeben. Es darf nicht dazu kommen, dass die unübertragbaren Aufgaben der obersten Organe diesen faktisch entzogen werden.<sup>1708</sup>

826

Im Rahmen der Schweizer Sportorganisation verbleibt den Sportaktiengesellschaften zweifellos genügend Raum für eine selbständige Willensbildung. Darüber hinaus sind es die Klubs selbst, die im Dachverband entscheidenden Einfluss ausüben können. Dadurch prägen sie die ihnen auferlegten Pflichten selber mit.<sup>1709</sup> Wird die Selbständigkeit der Aktiengesellschaft in einer Weise eingeschränkt, die im Lichte der Körperschaftsautonomie nicht mehr hinnehmbar ist, hat es die Sportaktiengesellschaft in ihrer Macht, jederzeit durch Verbandsaustritt ihre Selbständigkeit zurückzuerlangen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass im Schweizer Sport ein faktischer Mitgliedschaftszwang besteht und der Verbandsaustritt nicht möglich ist, ohne dadurch das Kerngeschäft und regelmässig auch die Existenzgrundlage der Gesellschaft aufzugeben.

827

<sup>1704</sup> HÜGLI, § 8 N 36 f. betreffend Beitritt eines Vereins in einen übergeordneten Verein (Verband).

<sup>1705</sup> HÜGLI, § 8 N 38 f.

<sup>1706</sup> Vgl. BK-RIEMER Vereinsrecht, Art. 70 N 123.

<sup>1707</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 65.

<sup>1708</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 68.

<sup>1709</sup> Hinzuweisen ist zudem auf die Möglichkeit, sich gegen einen übermässig einschneidenden Zwang seitens des Dachverbands unter Berufung auf die Grundrechte zur Wehr zu setzen. Siehe dazu hinten N 843, 868.

- 828 Insgesamt ist die Intensität der Bindung zum Dachverband aber nicht als übermässig zu qualifizieren und verschafft der Sportaktiengesellschaft auch Vorteile. Es kann folglich nicht von einer übermässigen Fremdbestimmung ausgegangen werden.

#### **d) Zwischenergebnis**

- 829 Trotz gewisser Spannungsverhältnisse ist die Verbandsmitgliedschaft auch für die wirtschaftliche Sportaktiengesellschaft als zulässig zu erachten. Sie ist indessen nur dort gezwungen und legitimiert, sich dem Verband gegenüber loyal zu verhalten, wo es vom Gesellschaftsinteresse verlangt wird. Ansonsten gehen die Gesellschaftsinteressen den Verbandsinteressen vor. Eine Anbindung des Gesellschaftszwecks an den Dachverband könnte diesen Konflikt entschärfen. Zu prüfen ist zunächst, ob eine derartige Zweckprogrammierung überhaupt zulässig ist.

### **7. Zulässigkeit der Zweckanbindung**

#### **a) Ausgangslage**

- 830 Die vorangehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass trotz Spannungsverhältnissen die Verbandsmitgliedschaft der Sportaktiengesellschaft grundsätzlich zulässig ist. Diese Zulässigkeit der Bindung im Aussenverhältnis ist allerdings nicht gleichzusetzen mit einer gesellschaftsinternen, statutarischen Ausrichtung auf den Verbandszweck. Erst durch Zweckanbindung weitet das Gesellschaftsinteresse seinen Wirkungskreis auf einen unabhängigen Dritten aus. Anders als bei der konzernrechtlichen Unterwerfung ist der Dachverband aber nicht Aktionär einer Sportaktiengesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob eine Anbindung des Gesellschaftszwecks an den Dachverband aus aktienrechtlicher Sicht zulässig ist.

#### **b) Verstoss gegen Körperschaftsautonomie?**

- 831 Die Verbandsmitgliedschaft der Sportaktiengesellschaften zum jeweiligen Dachverband stellt – wie soeben ausgeführt – keinen Verstoss gegen die Körperschaftsautonomie dar. Die vereinsrechtliche Bindung an den Dachverband betrifft jedoch «lediglich» das Aussenverhältnis der Gesellschaft. Durch die Zweckanbindung kommt es aber zu einer *internen* Bindung, das heisst, die Gesellschaft gibt Eigeninteresse zugunsten von Fremdinteressen auf.
- 832 Das Aktienrecht schliesst die Aufnahme von Fremdinteressen in den Gesellschaftszweck nicht aus. Vielmehr ist die Aktiengesellschaft in der Wahl des Gesellschaftszwecks frei. Gestattet ist jeder Zweck, der nicht widerrechtlich oder unsittlich ist.<sup>1710</sup> Selbst Eingriffs- und Weisungsrechte Dritter sind auf statutarischer Ebene möglich, jedoch nicht in unbeschränktem Umfang.<sup>1711</sup> Für die Ausgestaltung der Statuten oder für andere unübertragbare Aufgaben der Generalversammlung können Dritten keine Mit- oder

---

<sup>1710</sup> Vgl. Art. 53 Abs. 3 ZGB.

<sup>1711</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 65 m.w.H.

Einspracherechte gewährt werden.<sup>1712</sup> Gesellschaftsexternen Stellen kann auch kein Recht zugestanden werden, gesetzlich vorgeschriebene Organe zu wählen oder abzuberufen.<sup>1713</sup> Abgesehen von diesen zwingenden Restriktionen der Körperschaftsautonomie ist jedoch eine Statutenbestimmung, die vorsieht, dass die Tätigkeit der Gesellschaft im Interesse eines Dritten erfolgen soll, als zulässig zu qualifizieren.<sup>1714</sup> So ist auch die konzernrechtliche Unterwerfung, die eine weitreichende Abhängigkeit zur Folge hat, zulässig.<sup>1715</sup>

Durch die Zweckanbindung an den Dachverband ergibt sich keine umfassende Unterwerfung, wie es bspw. bei der Konzernunterwerfung der Fall ist. Der Gesellschaftszweck wird lediglich so programmiert, dass die Verbandsinteressen *neben* den Eigeninteressen gesellschaftsinterne Berücksichtigung finden. Der Verband erhält dadurch weder das Recht, Organe der Sportaktiengesellschaft zu wählen, noch kann er bei deren Statutengestaltung mitwirken. Vielmehr wird der ohnehin vereinsrechtlich geforderte Gehorsam gesellschaftsrechtlich legitimiert. Die Willensbildung der Sportaktiengesellschaft wird dabei in keiner kritischen Weise beeinträchtigt.

Von aussen betrachtet ändert sich durch die Zweckanbindung wenig. Insbesondere werden dem Dachverband weder Vermögens-, noch sonstige Mitwirkungsrechte eingeräumt. Die Pflichten, die die Sportaktiengesellschaft gegenüber dem Dachverband zu erfüllen hat, bestehen zudem bereits aufgrund der Verbandsmitgliedschaft. Insgesamt wird die Körperschaftsautonomie der Sportaktiengesellschaft durch die Zweckanbindung folglich nicht verletzt.

## 8. Zweckanbindung als klar untergeordneter Förderzweck

Die Zweckanbindung kann zunächst mit dem Förderzweck (also dem nichtwirtschaftlichen Teilendzweck) eines gemischten Endzwecks übereinstimmen, der durch Festlegung nach Prozenten oder durch Dividendenbeschränkung begründet wurde. In diesem Fall ist das Verhältnis zum wirtschaftlichen Hauptendzweck klar bestimmt und der Umfang, in dem ein Abweichen vom Unternehmensinteresse legitimiert ist, ist definiert. Um Verbandsinteressen berücksichtigen zu können, wird in der Praxis aber kaum ein gemischter Endzweck in einer der besprochenen Ausprägungen gewählt, sondern schlicht eine Zweckprogrammierung gewählt, die auf den Verband Bezug nimmt.<sup>1716</sup> Im Zentrum steht demnach die Frage, ob eine Zweckanbindung als klar untergeordneter Förderzweck zu qualifizieren ist.

Die Zweckanbindung der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft an einen nichtwirtschaftlichen Rechtskörper hat Einfluss auf das Gesellschaftsinteresse und kann sich so auf die Rentabilität der Gesellschaft auswirken. Dies kann bspw. dann der Fall sein, wenn im Interesse des nationalen Dachverbands auf Ausschüttung von Einnahmen, bspw. von Fernsehgeldern, verzichtet wird. Darin könnte eine Verletzung des wirtschaftlichen Endzwecks und des Rechts des Aktionärs auf Anteil am Bilanzgewinn liegen.

<sup>1712</sup> CAFLISCH, S. 133; FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 67 m.w.H.

<sup>1713</sup> CAFLISCH, S. 137; FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 67 m.w.H.; TAPPOLET, S. 115 f.

<sup>1714</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 74; TAPPOLET, S. 112. Vgl. auch RUSCH, Interzession, S. 29.

<sup>1715</sup> Siehe dazu RUSCH, Interzession, S. 23.

<sup>1716</sup> So bei der F.C. LUGANO SA. Siehe soeben N 804.

Eine eigentliche Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks und somit auch der Gewinnstrebigkeit ist durch die Mitberücksichtigung von Verbandsinteressen jedoch nicht gegeben. Eine solche würde etwa vorliegen, wenn die konkrete Zweckanbindungsklausel in Verbindung mit den konkreten Verbandspflichten dazu führen würde, dass es zu einer schleichenden faktischen Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks kommt.<sup>1717</sup> Sofern die Zweckanbindung genügend Raum für eine eigenständige Entwicklung des Geschäftsmodells und das Generieren von Mehrwerten bietet, kann von einer Aufgabe des wirtschaftlichen Endzwecks nicht die Rede sein.<sup>1718</sup> Selbst die konzernrechtliche Einordnung, also die Unterwerfung einer Untergesellschaft, ist nicht gleichbedeutend mit der Aufgabe der Gewinnstrebigkeit oder des wirtschaftlichen Endzwecks.<sup>1719</sup>

- 837 Die Intensität eines allfälligen Eingriffs des Dachverbandes auf die Sportaktiengesellschaft und auf deren Möglichkeit, ein rentables Geschäftsmodell zu verfolgen, ist im schweizerischen Sportwesen gering. Zu berücksichtigen ist, dass die Verbandsmitgliedschaft auch wirtschaftliche Vorteile mit sich bringt, wie bspw. bei der Zentralvermarktung von Fernsehübertragungsrechten, durch welche ein besseres Gesamtpaket für alle Klubs erreicht werden kann. Verbandsinteresse und Interesse der Sportaktiengesellschaften decken sich in zahlreichen weiteren Bereichen.<sup>1720</sup> So ist es auch denkbar, dass Änderungen in der Verbandsordnung das Geschäftsumfeld wieder freundlicher machen.<sup>1721</sup> Der Dachverband übernimmt zudem die landesweite Organisation des Sports und sorgt so für ein funktionierendes Umfeld, das Grundlage für die Vermarktung und die unternehmerische Entfaltung der Sportaktiengesellschaften bildet. Insofern ist das Verhältnis einer Sportaktiengesellschaft zum Dachverband seiner Natur nach ein Austauschverhältnis.
- 838 Sofern diesem Austauschverhältnis ein positives Kosten-Nutzen-Verhältnis zugrunde liegt, wird ein wirtschaftlicher Endzweck demnach überhaupt nicht tangiert. Doch selbst wenn in der Gesamtbetrachtung die Gewinnstrebigkeit durch die Zweckanbindung angetastet wird, ist darin nichts weiter als eine Legitimation zum punktuellen, gezielten Abweichen vom wirtschaftlichen Endzweck zu erkennen. In diesem Fall liegt ein *klar untergeordneter Förderzweck* vor. Die Sportaktiengesellschaft verfügt dann über einen gemischten Endzweck mit wirtschaftlichem Hauptendzweck und nichtwirtschaftlichem Nebenendzweck, und der Verwaltungsrat ist dementsprechend legitimiert, vom Unternehmensinteresse abzuweichen.
- 839 Für die Begründung eines untergeordneten Förderzwecks ist – gleich wie für jede Änderung des Gesellschaftszwecks – eine Zweidrittelmehrheit im Sinne von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR erforderlich.<sup>1722</sup> Verfügt die Sportaktiengesellschaft bereits über einen nichtwirtschaftlichen Endzweck, kann auch kein Anspruch des Aktionärs auf Anteil am Bilanzgewinn verletzt werden. Auch in solchen Fällen ist jedoch

---

<sup>1717</sup> Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 682, wonach der Entzug oder die faktische Aufgabe der Gewinnstrebigkeit als nichtiger Vorgang zu qualifizieren ist. Vgl. ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 195: «schleichender Übergang in die Rechtswidrigkeit».

<sup>1718</sup> Vgl. BEYELER, S. 97.

<sup>1719</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 192a.

<sup>1720</sup> Bspw., wenn es um die Vermarktung von Wettkämpfen oder der Sportart geht.

<sup>1721</sup> Zu denken wäre bspw. an die Einführung eines Salary Cap, wie er im Schweizer Eishockey seit kurzem von den Klubs geprüft wird. Siehe dazu etwa NZZ vom 16. Dezember 2015, 48, «Aufstand gegen die Spieler».

<sup>1722</sup> Siehe vorne N 753 ff.

eine Zweckanbindung an den Dachverband notwendig, falls nichtwirtschaftliche Ziele des Dachverbands verfolgt werden sollen, die sich nicht mit den nichtwirtschaftlichen Zielen der Sportaktiengesellschaften decken.

## 9. Zweckanbindung als Konzernbildung?

Die Zweckanbindung im hier verstandenen Sinne ist von der «klassischen» Konzernierung» zu unterscheiden. Zum einen ist der Dachverband, die «Obergesellschaft», ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB und keine Aktiengesellschaft. Zum anderen ist der Dachverband nicht an den Sportaktiengesellschaften beteiligt.

Die Konzernierung muss indessen nicht zwingend durch ein Beteiligungsverhältnis begründet werden, sodass der Verein als beherrschende Rechtsform im Konzern zumindest in Frage kommt.<sup>1723</sup> Konzernierung bedeutet, dass «durch die effektiv durchgesetzte Unterordnung von mehreren juristisch selbständigen Kapitalgesellschaften («Untergesellschaften») unter eine leitende Gesellschaft («Obergesellschaft»)» die Bildung einer unternehmerisch tätigen wirtschaftlichen Einheit erreicht wird.<sup>1724</sup> Die Konzernierung kann aber auch vollzogen werden, indem sich eine Gesellschaft vertraglich einer anderen Gesellschaft unterwirft.<sup>1725</sup> Wenn die vertragliche Unterwerfung eine Konzernierung begründen kann, muss dies auch für die vereinsrechtliche Mitgliedschaft gelten. Durch die zusätzliche Zweckanbindung tritt neben die vereinsrechtliche Bindung eine statutarische. Durch diese beiden Bindungsverhältnisse liesse sich eine effektive Unterordnung grundsätzlich durchsetzen. Folglich stellt sich die Frage, ob die Zweckanbindung in Verbindung mit der Verbandsmitgliedschaft zu einer Konzernkonstellation führt.<sup>1726</sup>

Fasst man den nationalen Dachverband mit den Sportaktiengesellschaften als Vereinsmitgliedern als ein konzernähnliches Konstrukt auf, liegt der «Gruppe» gesamthaft ein nichtwirtschaftlicher Endzweck zugrunde.<sup>1727</sup> Dies ergibt sich daraus, dass der Verein, der ein kaufmännisches Unternehmen betreibt, keinen wirtschaftlichen Endzweck verfolgen darf.<sup>1728</sup> Besteht eine Abhängigkeit, die einer Konzernierung gleichkommt, wird der nichtwirtschaftliche Endzweck *mittelbar* in die abhängige Gesellschaft hinein verlängert.<sup>1729</sup> Die konzernrechtliche Betrachtungsweise würde also dazu führen, dass sich im Konzern eine nichtwirtschaftliche Unternehmensführung durchsetzen würde. Eine derartige Konsequenz wäre jedoch für die wirtschaftliche Sportaktiengesellschaft als nichtige faktische Endzweckänderung zu qualifizieren, was sowohl für die Klubs als auch für den Dachverband ein unhaltbarer Zustand wäre.

Die im schweizerischen Sport vorhandenen Strukturen als Konzernstrukturen im aktienrechtlichen Sinne zu verstehen, ginge aber auch aus folgenden Gründen zu weit. Der Verband greift zwar durch

<sup>1723</sup> DIAS, S. 62.

<sup>1724</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 3.

<sup>1725</sup> BEYELER, S. 106 f.

<sup>1726</sup> Dies gilt in Bezug auf die *Unternehmenspyramide*. Siehe vorne N 374.

<sup>1727</sup> Vgl. DIAS, S. 63, 66.

<sup>1728</sup> DIAS, S. 66. Vgl. auch Art. 91 HRegV.

<sup>1729</sup> Siehe hinten N 901. Vgl. DIAS, S. 63.

Reglemente, Weisungen und faktischen Zwang punktuell in die Geschäftsführung der Sportaktiengesellschaft ein, allerdings nicht in einer Intensität, dass ernsthaft von einer einheitlichen Beherrschung zu sprechen wäre. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidungsträger im Dachverband die Klubs selbst sind. Sie üben einerseits ihre Stimm- und Wahlrechte in Versammlungen aus und entsenden andererseits eigene Organe in Komitees, die operative Aufgaben im Verband wahrnehmen. Die Sportaktiengesellschaft gibt zwar Körperschaftsautonomie auf, bekommt im Gegenzug aber vereinsrechtliche Mitgliedschaftsrechte. Sie ist also, wenn es um die Begründung von Mitgliedschaftspflichten geht, an der Willensbildung beteiligt. Überdies kann sich jede Sportaktiengesellschaft gegen eine unverhältnismässige Verbandsnorm bzw. gegen eine gestützt darauf verhängte Sanktion zur Wehr setzen, sei es vereinsintern oder durch Anfechtung eines Vereinsbeschlusses im Sinne von Art. 75 ZGB.<sup>1730</sup> Durch die Monopolstellung des Dachverbands ist die Wirtschaftsfreiheit der Aktiengesellschaft tangiert, weshalb sie sich auch in vereinsinternen Verfahren auf Grundrechte berufen kann.<sup>1731</sup> Auch die Zweckanbindung vermag daran nichts zu ändern. Durch sie wird die Sportaktiengesellschaft nämlich nicht vollumfänglich in den Dienst des Dachverbands gestellt, sondern lediglich punktuell dazu legitimiert, Verbandsinteressen als eigene Interessen zu verfolgen.

- 844 Der eigentliche Hauptunterschied ist aber im gegensätzlichen Bestimmungsort allfälliger unternehmerischer Überschüsse zu erblicken. Während beim typischen Konzern das beherrschende Unternehmen Empfängerin vermögensrechtlicher Vorteile ist, haben bei der Sportaktiengesellschaft Aktionäre vermögensrechtliche Ansprüche und nicht etwa der Dachverband. Somit entstünde die eigentümliche Konstellation, dass der Dachverband relevanten (beherrschungsähnlichen) Einfluss auf die Sportaktiengesellschaften ausüben könnte, jedoch nicht befugt wäre, am wirtschaftlichen Erfolg zu partizipieren.<sup>1732</sup> Die Betrachtung der nationalen Dachverbände als Konzernmütter und die Weiterverlängerung ihres nichtwirtschaftlichen Endzwecks in die Sportaktiengesellschaften sind nach der hier vertretenen Auffassung deshalb abzulehnen.<sup>1733</sup> Weder die Vereinsmitgliedschaft noch eine zusätzliche Zweckanbindung vermögen demnach eine konzernrechtliche Unterwerfung zu begründen. Umgekehrt bleibt auf Dachverbandsebene die Problematik des unzulässigen wirtschaftlichen Vereins bestehen.<sup>1734</sup>

## 10. Zwischenergebnis

- 845 Eine Zweckanbindung im hier verstandenen Sinne entsteht durch Anknüpfen des Gesellschaftszwecks und des sich daraus ergebenden Gesellschaftsinteresses an den Verbandszweck und das daraus fließende Verbandsinteresse. Eine solche Anknüpfung kann zu Spannungsverhältnissen führen und ist immer im Lichte der vereinsmitgliedschaftsrechtlichen Beziehung zwischen Sportaktiengesellschaft und

---

<sup>1730</sup> HÜGI, § 8 N 87 ff.; RIEMER, Vereinsstrafen, S. 297.

<sup>1731</sup> Vgl. HÜGI, § 8 N 90 f.; KALBERMATTER, S. 39, der die indirekte Drittwirkung der Wirtschaftsfreiheit in Bezug auf Sportklubs anspricht. Die Hürden für die Geltendmachung der Wirtschaftsfreiheit sind indessen sehr hoch anzusetzen. Um einen Eingriff in die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 27 ZGB anzunehmen, ist eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz erforderlich. Siehe dazu Urteil des BGer 4A\_116/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 4.2.3.

<sup>1732</sup> Vgl. HANDSCHIN, Good governance, S. 120.

<sup>1733</sup> A.M. DIAS, S. 62.

<sup>1734</sup> Siehe dazu ausführlich vorne N 377 ff.



Dachverband zu sehen. Konflikte können sich bei konkreten sportlichen Zielen und im Hinblick auf den Endzweck ergeben. Die Zweckanbindung führt bei der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu einem gemischten Endzweck in der Ausprägung wirtschaftlicher Hauptendzweck mit klar untergeordnetem Förderzweck. Sowohl die vereinsrechtliche als auch die statutarische Zweckanbindung an den Dachverband sind jedoch im Lichte der aktienrechtlichen Körperschaftsautonomie als zulässig zu erachten. Schliesslich führt die Zweckanbindung auch nicht zu einer Unterwerfung gegenüber dem Dachverband und somit zu keiner Konzernbildung.

## II. Bedeutung der Zweckanbindung für den Verwaltungsrat

### 1. Gesellschaftsinteresse bei der Zweckanbindung

#### a) Im Allgemeinen

Der Verwaltungsrat der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist gestützt auf Art. 717 Abs. 1 OR dem Gesellschaftsinteresse und somit letztlich der wirtschaftlichen Besserstellung der Aktionäre verpflichtet. Die Mitgliedschaft der Sportaktiengesellschaft beim Dachverband kann nicht dazu führen, dass das Verbandsinteresse dem Unternehmensinteresse gleichgestellt ist oder vorangeht. Ausserdem hat die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht Vorrang vor schuldrechtlichen und bindungsvertraglichen Verpflichtungen,<sup>1735</sup> was die vereinsmitgliedschaftlichen Pflichten einschliessen muss. Die aktienrechtliche Interessenwahrungspflicht im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR ist unentziehbar und kann demnach nicht durch Vereinsregulierung verdrängt werden.<sup>1736</sup>

Der Verwaltungsrat ist nicht selbst Adressat der verbandsrechtlichen Pflichten wie bspw. der Treuepflicht. Er verpflichtet durch sein Handeln die Gesellschaft und nicht etwa sich persönlich.<sup>1737</sup> Ein Verstoß gegen die Verbandsordnung ist grundsätzlich dem Mitglied zuzurechnen, also der Sportaktiengesellschaft, und nicht dem für sie handelnden Organ.<sup>1738</sup> Der Verwaltungsrat haftet nur der Aktiengesellschaft aus seiner Organstellung für pflichtwidrig verursachten Schaden.<sup>1739</sup>

Verbandsziele programmatisc her Natur wie etwa «Förderung und Verbreitung des Sportes» oder «Verbreitung des Fair-Play-Gedankens»<sup>1740</sup> sind Anliegen, die von der wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft nur insofern verfolgt werden, als sie mit dem Gesellschaftsinteresse übereinstimmen. Ist diese

<sup>1735</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, § 8 N 380.

<sup>1736</sup> Im Übrigen handelt es sich bei den Klubvertretern regelmässig um Vollzeitangestellte, die einen Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR abgeschlossen haben.

<sup>1737</sup> Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB.

<sup>1738</sup> Vgl. Art. 54 ff. ZGB.

<sup>1739</sup> Art. 754 OR.

<sup>1740</sup> Vgl. Zweckartikel SFV, SIHF, SFL. Alle Dachverbände sind im Handelsregister eingetragen.

Kongruenz nicht gegeben, müssen Ziele wie etwa «die nationale Förderung des Sports» hinter die wirtschaftlichen Interessen des eigenen Klubs zurücktreten.

- 849 In Bezug auf die Situation der nationalen Sportorganisation darf die Bedeutung dieses Spannungsverhältnisses für den Verwaltungsrat für den Verwaltungsrat weder über- noch unterschätzt werden. Räumt der Verwaltungsrat den Interessen der Aktiengesellschaft gegenüber denjenigen des Dachverbands Vorrang ein und werden dadurch Verbandsreglemente verletzt, kann dies eine negative Reflexwirkung auf die Gesellschaft, bspw. durch verbandsrechtliche Sanktionen, nach sich ziehen. Da solche Sanktionen<sup>1741</sup> regelmässig auch dem Unternehmensinteresse zuwiderlaufen, ist der Verwaltungsrat aufgrund seiner aktiven Interessenwahrungspflicht angehalten, die Verbandsreglemente zum Wohle der Gesellschaft zu befolgen.<sup>1742</sup> Der Verwaltungsrat muss somit verbandsrechtliche Vorschriften beachten und so erheblich schädigende Verbandssanktionen vermeiden. Er hat die verbandsrechtlichen Pflichten und die damit allenfalls verbundenen Sanktionen bei Pflichtverletzungen abzuschätzen. Wo indessen ein gewisses Verhalten lediglich gewünscht wird und nicht durch Sanktionsandrohung untermauert ist, besteht für den Verwaltungsrat der wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft grundsätzlich keine Veranlassung, sich daran zu halten, solange das Gesellschaftsinteresse dies nicht gebietet.

### **b) Modifikation der aktiven Interessenwahrungspflicht**

- 850 Die Zweckanbindung an den Verbandszweck kann das bestehende Abhängigkeitsverhältnis in gewisser Weise «legalisieren»<sup>1743</sup> und so das Spannungsverhältnis entschärfen. Das Verbandsinteresse wird ein Stück weit zum eigenen Gesellschaftsinteresse, und es findet eine Modifikation der aktiven Interessenwahrungspflicht der Organe statt. Die Loyalität- und Interessenwahrungspflicht, die die Sportaktiengesellschaft gegenüber dem Dachverband wahrzunehmen hat, wird so gesellschaftsintern zum eigenem Gesellschaftsinteresse erhoben.<sup>1744</sup> Diese Überlegung ist auch im Konzernrecht zu finden, wonach bei einer Gesellschaft, die statutarisch in den Dienst eines Konzerns gestellt wird (Unterwerfung), der Verwaltungsrat verpflichtet ist, auch das Konzernziel zu verfolgen.<sup>1745</sup>
- 851 In der Sportaktiengesellschaft führt eine Zweckanbindung dazu, dass der Verwaltungsrat auch die gesamtschweizerischen Interessen des Dachverbandes berücksichtigen bzw. fördern darf. Wie bereits

---

<sup>1741</sup> Vgl. bspw. Ziff. 3 Anhang 2.10 zum Reglement über die Spielberechtigung in der National League und in der Swiss League, das folgendes Sanktionsschema betreffend unvollständige oder unterlassene Wahrnehmung der Meldepflicht und der Selbstdeklaration vorsieht: 1) Busse 50'000 CHF, 2) Busse 100'000, 3) Lizenzentzug. Vgl. auch HÜGI, § 8 N 164 ff.

<sup>1742</sup> Die härteste Sanktion ist der Lizenzentzug und damit die fehlende Berechtigung zur Teilnahme an der Meisterschaft. Diese führt zwangsläufig dazu, dass die Verfolgung des Gesellschaftszwecks (Betrieb einer Professional-Mannschaft) verunmöglicht wird. Die Nichtrespektierung der verbandsrechtlichen Vorschriften führt somit – wenn auch als *ultima ratio* – zwangsläufig zum wirtschaftlichen Kollaps, sofern die Gesellschaft nicht auch andere Geschäftsfelder bewirtschaftet, und dürfte in der Regel den Konkurs der betroffenen Sportaktiengesellschaft zur Folge haben.

<sup>1743</sup> TAPPOLET, S. 105.

<sup>1744</sup> Vgl. BEYELER, S. 103 f. in Bezug auf die Wirkung der statutarischen Zweckanbindung im Konzernverhältnis. Vgl. auch HANDSCHIN, Treuepflicht, S. 174 f.

<sup>1745</sup> ZR 98 (1999) S. 243.

erwähnt wird durch die Zweckanbindung in erster Linie bereits vereinsrechtlich gefordertes Verhalten gesellschaftsrechtlich verankert, so dass es zu keinen neuen oder erweiterten Pflichten kommt. In der Praxis dürfte vor und nach Einführung einer Zweckanbindung auch kaum eine unmittelbare Änderung im Verhalten der betreffenden Aktiengesellschaft auszumachen sein. Dennoch ist die Zweckanbindung alles andere als blosser Makulatur. Sie ändert den Gesellschaftszweck und erweitert den Auftrag an den Verwaltungsrat, was insbesondere auch einen Einfluss auf eine allfällige Pflichtverletzung einschliesslich Haftungsfolgen haben kann. Durch eine entsprechende Zweckanbindung eröffnet sich demnach aus der Perspektive des Verwaltungsrats die Möglichkeit, das Haftungsrisiko einzuschränken.<sup>1746 1747</sup>

Die praktische Relevanz der Zweckanbindung tritt insbesondere in Erscheinung, wenn die Organe der Sportaktiengesellschaft vereinsmitgliedschaftliche Rechte wahrnehmen, am deutlichsten bei der Ausübung der Wahl- und Stimmrechte im Rahmen von Generalversammlungen des Dachverbands und bei der Bekleidung von Ämtern in Verbandsgremien durch Klubvertreter.

852

### c) Ausübung des verbandsrechtlichen Wahl- und Stimmrechts

Die Generalversammlung der SFL und die National-League-Versammlung der SIHF setzen sich jeweils aus den Klubvertretern des Professional-Sports zusammen.<sup>1748</sup> Sie sind befugt, die Führungsspitze im Bereich des Leistungssports zu wählen.<sup>1749</sup> Die Sportaktiengesellschaften sind in den Vereinsversammlungen durch ihre gesetzlichen Vertreter, wie Verwaltungsräte, Geschäftsführer oder Sportchefs vertreten. Diese Personen sind regelmässig als «mit der Geschäftsführung betraut» zu qualifizieren und zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet.<sup>1750</sup> Vertreter wirtschaftlicher Sportaktiengesellschaften werden demnach bei der Ausübung des Wahl- und des Stimmrechts möglichst solche Kandidaten berücksichtigen, von denen sie sich eine Begünstigung des eigenen Unternehmensinteresses erhoffen. Sie sind also verpflichtet, denjenigen Kandidaten zu wählen, von dem sie sich einen positiven wirtschaftlichen Einfluss erhoffen, und nicht etwa denjenigen, der nach sportlichen Gesichtspunkten überzeugt. Gerade dies würde aber die verbandsrechtliche Treuepflicht gebieten.

853

Das wirtschaftlich geprägte Interesse der eigenen Gesellschaft wird demnach der verbandsrechtlichen Treuepflicht vorgehen. Dasselbe gilt für die Beschlussfassung über andere Gegenstände wie bspw. die

854

<sup>1746</sup> Vgl. FORSTMOSER/JAAG, N 77 ff. in Bezug auf die Reduktion des Haftungsrisikos bei der Zweckanpassung bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften.

<sup>1747</sup> Demgegenüber bezeichnet BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 194a, die Stellung der Organmitglieder, welche gestützt auf einen Arbeitsvertrag in der Untergesellschaft amten, als prekär, insbesondere weil Konzerninteressen den Gesellschaftsinteressen diametral zuwiderlaufen können und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Organhaftung streng sei.

<sup>1748</sup> Art. 38 Ziff. 1 Statuten SIHF und Art. 26 Abs. 1 Statuten SFL.

<sup>1749</sup> Art. 29 lit. g Statuten SFL betreffend Wahl des Präsidenten und der Mitglieder des Komitees, Art. 39 Ziff. 1 Statuten SIHF betreffend Nomination des «Verwaltungsratspräsidenten» und Ziff. 4 betreffend Wahl der Mitglieder des Leistungssport-Committees.

<sup>1750</sup> Zudem sind Geschäftsführer und Sportchefs als Arbeitnehmer Adressaten der arbeitsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 321a OR).

Festsetzung der Mitgliederbeiträge der Klubs,<sup>1751</sup> Anträge auf Statutenänderungen, den Erlass von Reglementen<sup>1752</sup> oder andere konkrete Geschäfte.<sup>1753</sup>

- 855 Die Zweckanbindung modifiziert das Gesellschaftsinteresse und führt dazu, dass dem Unternehmensinteresse nicht mehr absoluter Vorrang gegenüber dem Verbandsinteresse einzuräumen ist. Das Ermessen des Verwaltungsrats wird insofern erweitert, als er zugunsten gesamtschweizerischer sportlicher Interessen vom Unternehmensinteresse abweichen darf. Dieses Ermessen gilt indessen nicht uneingeschränkt. Wird die Realisation des wirtschaftlichen Endzwecks durch Verbandsinteressen beeinträchtigt, darf diese Beeinträchtigung keinen übermässigen Grad erreichen. Beim gemischten Endzweck mit untergeordnetem Förderzweck ist die ideelle Zweckverfolgung gegenüber den wirtschaftlichen Interessen nachrangig.<sup>1754</sup> Dennoch ist es durch die Zweckanbindung dem Organ erlaubt, auch einmal Entscheidungen zu unterstützen, die nachteilig für den Unternehmenskörper, aber «gut für den Sport» sind.

### d) Klubvertreter in Komitees und Kommissionen

- 856 Sowohl die SFL als auch die SIHF (im Rahmen der Abteilung National League) sehen verschiedene Gremien wie Komitees bzw. Kommissionen vor, in denen regelmässig auch Klubvertreter Einsitz nehmen.<sup>1755</sup> Ohne eine Zweckanbindung verpflichtet das Gesellschaftsinteresse solche Klubvertreter dazu, im jeweiligen Ausschuss die wirtschaftlich geprägten Interessen ihrer Aktiengesellschaft zu vertreten. Dass dabei eine Interessenkollision entsteht, bspw. bei Fragen über den Verteilschlüssel für Einnahmen und Rückvergütungen, ist evident.<sup>1756</sup> Die Interessen des Dachverbandes als nichtwirtschaftlicher Verein können sich in Bezug auf die Verwendung generierter Mittel nicht vollumfänglich mit denjenigen der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft decken. Als Beispiel eignet sich die Verteilung von Fernsehgeldern, bei der aus der Perspektive des Dachverbandes ein Interesse daran besteht, die Mittel für die Entwicklung und Professionalisierung seiner Sportart einzusetzen, wohingegen das Interesse von Sportaktiengesellschaften in erster Linie darauf gerichtet ist, sich eine möglichst hohe Quote zu sichern.
- 857 Markant zeigt sich die hier beschriebene Problematik beim Leistungssport-Committee in der SIHF, einem Ausschuss, der sich aus der operativen Verbandsspitze und aus Klubvertretern, «die in einer strategischen oder operativen Funktion» bei einem National-League-Klub tätig sind, zusammensetzt.<sup>1757</sup> Von den Komitee-Mitgliedern wird erwartet, dass sie in einem «kritischen Gedankenaustausch einen eigenständigen Willen» bilden und sich «mit den Zielen der SIHF identifizieren».<sup>1758</sup> Sie sollen also einerseits der Geschäftsführung der Klubs angehören, die ihrerseits zwingend als Aktiengesellschaften

---

<sup>1751</sup> Art. 29 lit. e Statuten SFL und Art. 39 Ziff. 5 Statuten SIHF.

<sup>1752</sup> Art. 29 lit. h Statuten SFL.

<sup>1753</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 1 Statuten SFL und Art. 39 Ziff. 5 Statuten SIHF.

<sup>1754</sup> Siehe vorne, Förderzweck N 707 ff.

<sup>1755</sup> Siehe zur Struktur der SIHF und der SFL vorne N 111 ff.

<sup>1756</sup> Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. o Statuten SFL, wonach das Komitee diesbezüglich kompetent ist. Ebenso ist das Komitee allgemein für die Führung der SFL zuständig (Art. 41 Abs. 1 lit. a Statuten SFL) und befugt, Personalentscheide im Dachverband zu treffen (vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. c, d und h Statuten SFL).

<sup>1757</sup> Art. 62 Ziff. 1 Statuten SIHF.

<sup>1758</sup> Art. 63 Ziff. 4 Statuten SIHF.

konstituiert sein müssen, während sie andererseits zur Identifikation mit den (nichtwirtschaftlichen) Zielen der SIHF aufgerufen sind. Im Ergebnis fordert der Verband damit eine Treue ein, die der Verwaltungsrat einer wirtschaftlichen Aktiengesellschaft nicht erfüllen kann.

Bei diesem Dilemma handelt es sich nicht um einen herkömmlichen «doppelten Pflichtenexus». Ein solcher ist gegeben, wenn eine Person sowohl in der Unter- als auch in der Obergesellschaft eines Konzerns als Verwaltungsrat amtiert.<sup>1759</sup> Das Mitglied eines Verbandsorgans ist zwar Adressat von Verbandserlassen, wird dabei aber nicht selbst zum Exekutivorgan des Verbands. Die Aufgabe eines Klubvertreters in einem verbandsrechtlichen Gremium kann sich im Einzelfall als delikat erweisen. Neben der bereits angesprochenen Frage der Verteilung von Fernsehgeldern können sich gegensätzliche Positionen betreffend die Nationalmannschaft oder in Bezug auf die verbandsrechtlichen Vorgaben bei der Organisation eines Meisterschaftsspiels ergeben.<sup>1760</sup> Bei alledem hat man sich vor Augen zu führen, dass die anderen Vereinsmitglieder (also die gegnerischen Klubs), die in derselben Liga spielen, direkte Konkurrenten der Sportaktiengesellschaft sind. Der in ein Komitee abdelegierte Verwaltungsrat, der im Interesse des Sports handelt, dabei aber sportliche oder wirtschaftliche Interessen eines Konkurrenten fördert, ohne gleichzeitig den Interessen der eigenen Aktiengesellschaft zu dienen, befindet sich in einem ernststen Konflikt in Bezug auf seine aktive Interessenwahrungspflicht. Denn soweit es im Rahmen der Organisation des Dachverbands um Fragen sportlicher Natur geht, wären diese aus rein sportlicher Sicht anzugehen. In der Praxis dürfte indessen jeder Klub genau diejenigen Interessen vertreten, von denen er sich bessere Aussichten auf sportlichen Erfolg und bessere Rahmenbedingungen zur Steigerung der jeweils eigenen «*spending power*» verspricht.

858

Die Zweckanbindung vermag auch hier Abhilfe zu schaffen. Das Organ, das ein Amt beim Dachverband bekleidet, kann sich auf seine aktive Interessenwahrungspflicht stützen, wenn es Verbandsziele mitberücksichtigt, auch wenn diese im Einzelfall dem Unternehmensinteresse widersprechen. Sowohl für die Ausübung von Wahl- und Stimmrechten als auch bei der Kommissionsarbeit im Dachverband darf indessen nicht übersehen werden, dass sich in den meisten Bereichen die Klub- und Verbandsinteressen decken.

859

Auch bei der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft besteht ein Konflikt zwischen dem Gesellschaftsinteresse und dem Verbandsinteresse, da sich die nichtwirtschaftlichen Ziele von Klubs und Dachverband nicht decken. Eine Zweckanbindung schafft auch für diese Fälle Abhilfe. Entschärft wird hierbei jedoch ein Konflikt auf Stufe der Fördertätigkeit («welche konkreten nichtwirtschaftlichen Ziele sollen verfolgt werden?») und nicht auf Stufe des Endzwecks («sollen dem Aktionär vermögensrechtliche Vorteile verschafft werden?»).

860

<sup>1759</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 620; VOGT/BÄNZIGER, S. 626.

<sup>1760</sup> Gegensätzliche Positionen können sich bspw. bei der Frage ergeben, wie weitgehend und insbesondere wie kostenaufwändig die Anforderungen an das Sicherheitsdispositiv für die Organisation eines Meisterschaftsspiels sein sollen. Eine weitere Frage, die den Interessengegensatz zwischen sportlichen Interessen des Dachverbands und wirtschaftlichen Interessen der Eishockeyklubs zutage treten liess, war der äusserst langwierige Prozess betreffend das Obligatorium für belastungsreduzierende Banden.

## 2. Bedeutung der Zweckanbindung bei der Verfolgung von sportlichen Zielen

### a) Verfolgung sportlicher Ziele

- 861 Die Vereinsmitgliedschaft beim Dachverband führt dazu, dass die Sportaktiengesellschaften gewisse sportliche Ziele schon deshalb verfolgen, weil sie zur Einhaltung der Verbandsreglemente verpflichtet sind. Dadurch können den Klubs sportliche Ziele, die nicht im Einklang mit ökonomischen Überlegungen stehen, etwa die Freigabe von Spielern für die Nationalmannschaft, auferlegt werden. Aus dem Fair-Play-Grundsatz ergibt sich zudem die Pflicht, nicht absichtlich zu verlieren.<sup>1761</sup> Wettkampfbezogene Ziele können so durch Vereinsrecht begründet werden, ohne dass hierfür die Zweckanbindung nötig wäre. Dasselbe gilt für nicht wettkampfbezogene Ziele wie das «Betreiben von Nachwuchsmannschaften in allen Alterskategorien».<sup>1762</sup> Die Zweckanbindung ändert an diesen ohnehin bestehenden Pflichten nichts.
- 862 Auch sportliche Ziele, die nicht im Zusammenhang mit den vom Dachverband organisierten Wettkämpfen stehen, bleiben von der Zweckanbindung unberührt. Das Verbandsrecht regelt nur die Organisation von nationalen Sportanlässen. Sportliche und wirtschaftliche Tätigkeiten der Sportaktiengesellschaften ausserhalb von nationalen Wettkämpfen sind vom Verbandsrecht grundsätzlich nicht reguliert. Eine Zweckanbindung hat somit auf vom Verband unabhängige Tätigkeiten keine Auswirkungen. Das gilt namentlich für die Teilnahme an Turnieren, die nicht vom Verband organisiert sind, für die Freigabe von Spielern sowie für die Verpflichtung von «überteuerten Spielern».<sup>1763</sup> Ein freiwilliger Abstieg schliesslich betrifft zwar das Verhältnis zum Dachverband, die Zweckanbindung hat darauf aber ebenfalls keinen Einfluss. Aus der Perspektive des Dachverbands ist es nämlich gleichgültig, welcher Klub in welcher Leistungsklasse spielt.
- 863 Insgesamt hat die Zweckanbindung kaum einen Einfluss auf die aktive Interessenwahrungspflicht bei der Verfolgung von sportlichen Zielen. Die Berücksichtigung von sportlichen Zielen ergibt sich bereits aus der Verbandsmitgliedschaft. Im Übrigen ist auf die Ausführungen zum gemischten Endzweck mit klar untergeordnetem Förderzweck zu verweisen.<sup>1764</sup>

### b) Finanzielle Sorgfaltspflicht und strafrechtliche Aspekte

- 864 Die statutarische Zweckanbindung stellt einen gemischten Endzweck mit klar untergeordnetem Förderzweck dar. Weder die finanzielle Sorgfaltspflicht noch strafrechtliche Aspekte sind von ihr in nennenswerter Weise berührt. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zum wirtschaftlichen, nichtwirtschaftlichen und gemischten Endzweck verwiesen werden.<sup>1765</sup>

---

<sup>1761</sup> Siehe zum Fair-Play-Grundsatz vorne N 206.

<sup>1762</sup> Siehe vorne N 108.

<sup>1763</sup> Siehe vorne N 215, 216 ff., 219.

<sup>1764</sup> Siehe vorne N 707 ff.

<sup>1765</sup> Siehe vorne N 235 ff., 497 ff., 733 ff.

### III. Bedeutung der Zweckanbindung für die Aktionäre

#### 1. Zweckanbindung als klar untergeordneter Förderzweck

Die Anbindung des Gesellschaftszwecks an den Dachverband, der letztlich nichts anderes als eine nicht-wirtschaftliche Vereinigung ist, begründet einen klar untergeordneten Förderzweck.<sup>1766</sup> Der Hauptzweck bleibt ein wirtschaftlicher, so dass der Aktionär Anspruch auf eine gewinnstrebige Geschäftsführung und auf Anteil am Bilanzgewinn hat. Die Berücksichtigung von Drittinteressen (konkret Verbandsinteressen) ist nur – aber immerhin – in klar untergeordnetem Ausmass möglich. Die Verabschiedung eines Förderzwecks ermöglicht es zudem den Gesellschaftsorganen, bei Abstimmungen und Wahlen im Dachverband sowie bei der Bekleidung eines Amtes in einem Verbandsorgane ein Stück weit losgelöst von den Gesellschaftsinteressen und stattdessen im Sinne des Verbandsinteresses zu handeln. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum klar untergeordneten Förderzweck verwiesen werden.<sup>1767</sup>

865

#### 2. Treuepflicht der Aktionäre

Die verbandsrechtliche Treuepflicht bindet die Sportaktiengesellschaft als selbständige Rechtsträgerin. Sie allein ist Mitglied des Dachverbands. Die Aktionäre werden durch die Mitgliedschaft in ihrer Rechtsstellung nicht berührt,<sup>1768</sup> sondern können nach Art. 680 Abs. 1 OR nur zur Liberierung der Aktientitel verpflichtet werden.<sup>1769</sup>

866

Eine Verbandsregelung, die auch die Aktionäre der Sportaktiengesellschaft aufgrund ihrer Aktionärsstellung zur Treue gegenüber dem Dachverband verpflichten würde, wäre aktienrechtswidrig und somit nichtig. Wären die Klubs indessen nach wie vor als Vereine im Sinne von Art. 60 ff. ZGB organisiert, könnten die einflussreichen Personen der Klubs im Wege der Kettenverweisung über ihre Klubmitgliedschaft dem Verbandsrecht unterstellt werden.<sup>1770 1771</sup> Durch die Einführung der Rechtsformpflicht der Aktiengesellschaft hat das Verbandsrecht insofern auch nachteilige Folgen des Aktienrechts zu akzeptieren. Entscheidend ist, dass der Aktionär nur an die Leistungspflicht im Sinne von Art. 680 Abs. 1 OR und die Generalversammlung nur an Gesetz und Statuten gebunden sind (vgl. Art. 660 Abs. 1 OR).<sup>1772</sup> Eine Zweckanbindung vermag daran nichts zu ändern. Den Aktionären können durch Zweckanbindung

867

<sup>1766</sup> Siehe vorne N 836 ff.

<sup>1767</sup> Siehe vorne N 707 ff.

<sup>1768</sup> Wobei die SIHF neu mit Statutenänderung vom 18. September 2017 in Art. 11 Ziff. 5 Statuten SIHF die statutarische Möglichkeit geschaffen hat, auch natürliche Personen wie «Eishockeyspieler, Trainer, Coach, Clubfunktionär oder Schiedsrichter als Mitglied ohne Klubzugehörigkeit» aufzunehmen. Theoretisch wäre demnach die Verbandsmitgliedschaft den Aktionären von Sportaktiengesellschaften zugänglich.

<sup>1769</sup> Vgl. DIAS, S. 118 f.

<sup>1770</sup> HÜGI, § 8 N 39 ff.; DIAS, S. 97 f.

<sup>1771</sup> Durch eine sog. Kettenverweisung (auch dynamische Verweisung) wird im Sportorganisationsrecht die Anwendbarkeit der Reglemente der Dachverbände auf die Athleten sichergestellt. Siehe dazu DIAS, S. 96 ff; HÜGI, § 8 N 39 ff.

<sup>1772</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 508 ff.

keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden. In den Verbandsregelwerken sind unter diesem Aspekt zwei Regelungen von besonderem Interesse, die nachfolgend genauer zu betrachten sind. Zum einen ist im Verbandsrecht die Pflicht zur Anpassung der Statuten bei den Verbandsmitgliedern anzutreffen; zum anderen wird eine Mehrfachbeteiligung an verschiedenen Sportaktiengesellschaften ausgeschlossen (Verbot der *Multiple Club Ownership*).

### 3. Pflicht zur Anpassung der Statuten

868 Das Verbandsrecht enthält Bestimmungen, die auf eine Pflicht zur Anpassung der Statuten bei den Verbandsmitgliedern hinauslaufen.<sup>1773</sup> Die Zulässigkeit einer solchen Pflicht ist aus aktienrechtlicher Sicht fraglich. Gemäss FORSTMOSER sind solche vereinsrechtlichen Pflichten unwirksam, da sie gegen die Körperschaftsautonomie der Aktiengesellschaft verstossen und es nicht möglich sei, Dritten Einflussmöglichkeiten auf Ausgestaltung und Abänderung der Statuten einzuräumen. Indessen sei es zulässig, den Ausschluss von Vereinsmitgliedern, deren Statuten gewissen Anforderungen nicht genügen, vorzusehen.<sup>1774</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen, wobei anzufügen ist, dass sie für Sportaktiengesellschaften praktisch bedeutungslos bleibt. Liegt das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft nämlich im Betrieb einer Professional-Sportmannschaft, ist sie ohnehin gezwungen, im Rahmen der Lizenzerteilung sämtliche Anforderungen des Dachverbands zu erfüllen. Dadurch, dass die Verbandsreglemente einen Ausschluss als mögliche Sanktion vorsehen, besteht ein faktischer Zwang, die Statuten anzupassen, der im Ergebnis einem Anspruch des Dachverbands auf Statutenanpassung gleichkommt.<sup>1775</sup> Die Sanktion des Lizenzzugs würde regelmässig auch das Ende der betroffenen Sportaktiengesellschaft bedeuten. Immerhin hat die Sportaktiengesellschaft das mitgliedschaftliche Recht, sich im vereinsinternen Disziplinarverfahren gegen eine widerrechtliche Bestrafung zur Wehr zu setzen, und kann sich dabei auf ihre Wirtschaftsfreiheit berufen.<sup>1776</sup> Auch die Zweckanbindung kann keine Pflicht zur Anpassung der Statuten begründen, denn der Dachverband bleibt gegenüber der Sportaktiengesellschaft ein aussenstehender Dritter. Wenn also die Zweckanbindung die Sportaktiengesellschaft verpflichtet, im Einklang mit den Verbandszielen zu handeln, entsteht dadurch kein durchsetzbarer Anspruch des Dachverbands auf Statutenänderung.

---

<sup>1773</sup> So bspw. Art. 13 lit. c Statuten SFL, wonach die Mitglieder eine Statutenbestimmung aufzunehmen haben, «die vorsieht, dass alle schiedsgerichtsfähigen Streitigkeiten, die aus der Anwendung der Statuten, Reglemente oder Entscheide der FIFA, der UEFA, des SFV und der SFL, die mit der SFL oder zwischen Klubs der SFL entstehen, einem zu diesem Zweck bestellten Schiedsgericht unterbreitet werden müssen».

<sup>1774</sup> FORSTMOSER, Aktienrecht, § 1 N 73.

<sup>1775</sup> Aufgrund des Monopols von Dachverbänden besteht für Sportklubs keine andere Alternative, als sich dem jeweiligen Dachverband anzuschliessen und sich dessen Bestimmungen zu unterwerfen. Siehe zum Monopolbereich vorne N 94.

<sup>1776</sup> Siehe vorne N 843.



#### 4. Vinkulierung/Multiple Club Ownership

Im organisierten Mannschaftssport sind sog. *Multiple-Club-Ownership*-Verbote üblich. Diese sollen verhindern, dass eine Person mehrere Klubs der gleichen Liga beherrscht. Aus sportlichen Gesichtspunkten steht dabei die Integrität des Sports im Vordergrund.<sup>1777</sup>

Die SFL stellt in Art. 17 seiner Statuten das Verbot der Mehrfachbeteiligung auf (*Multiple Club Ownership*). Demnach darf insbesondere kein Klub, der an einem Wettbewerb der SFL teilnimmt, direkt oder indirekt Aktien eines anderen Klubs der SFL besitzen oder mit solchen Titeln handeln.<sup>1778</sup> Auch die SIHF verfügt über eine solche Regelung, die allerdings maximal 25 Prozent bei Mehrfachbeteiligungen zulässt.<sup>1779</sup>

Bei derartigen Regularien handelt es sich inhaltlich um Beschränkungen der Übertragbarkeit von Aktien, also um Vinkulierungsbestimmungen. Aktienrechtlich können Vinkulierungsbestimmungen nur im Rahmen von Art. 685a ff. OR Rechtsgültigkeit beanspruchen. In jedem Fall ist für eine Vinkulierung eine ausdrückliche statutarische Grundlage erforderlich.<sup>1780 1781</sup>

Die Zweckanbindung im Zweckartikel vermag eine Art. 685a ff. OR genügende Vinkulierung nicht zu begründen und ist somit kein geeignetes Mittel, um eine Übertragung von Aktien gesellschaftsintern zu verhindern.<sup>1782</sup> Diese Rechtslage kann in der Praxis von Relevanz sein. Kommt es zu einer Konstellation, in welcher die Aktien zweier Sportaktiengesellschaften von derselben Person gehalten werden, finden sich beide Klubs in einer Lage wieder, die dem Verbandsrechts zuwiderläuft.<sup>1783</sup> Wenn es an einer statutarischen Vinkulierung fehlt, kann sich der Verwaltungsrat gegen die Eintragung des «Mehrfachaktionärs» nicht zur Wehr setzen.

In Bezug auf die *Multiple Club Ownership* vermag die Zweckanbindung ohne gleichzeitige Aufnahme einer Vinkulierungsbestimmung folglich keine Beschränkung der Übertragbarkeit zu begründen. Eine solche könnte jedoch erreicht werden, wenn die Lizenzerteilung vom Vorhandensein einer

<sup>1777</sup> SCHERRER/LUDWIG/MURESAN, *Multiple Club Ownership*. Vgl. auch HÜGL, § 8 N 164, § 8 N 35; KAISER, S. 66 f.

<sup>1778</sup> Art. 17 Abs. 1 lit. a Statuten SFL.

<sup>1779</sup> Siehe Art. 5 Abs. 3 Reglement für die Spielberechtigung National League (ehemals National League A) und Swiss League (ehemals National League B) mit folgendem Wortlaut: «In der gleichen Liga sind nur Clubs spielberechtigt, die wirtschaftlich und operativ unabhängig sind von anderen Clubs. Das heisst Personen oder Personengruppen, die in einem Club 25 % oder mehr Stimmrechte besitzen, dürfen in einem anderen Club der gleichen Liga nicht mehr als 25 % der Stimmrechte direkt oder indirekt besitzen. Deshalb muss jeder Club im Rahmen der Erteilung der Spielberechtigung Aktionäre in Sinne der wirtschaftlich Berechtigten mit Anteilen von 25 % und mehr dem Lizenzausschuss angeben. Ebenso müssen diesbezügliche Veränderungen im Aktionariat während der Saison dem Lizenzausschuss umgehend gemeldet werden.»

<sup>1780</sup> Art. 685a OR. Daneben ist auf die gesetzliche Vinkulierung gemäss Art. 685 OR hinzuweisen.

<sup>1781</sup> Eine Regulierung der *Multiple Club Ownership* kann auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch sein. Vgl. HÜGL, § 18 N 35 m.w.H.

<sup>1782</sup> Siehe vorne N 560 ff.

<sup>1783</sup> Im Einzelfall kann erschwerend hinzukommen, dass es keine verbandsrechtliche Bestimmung gibt, die Inhaberaktien verbieten würde. Bereits die Identifikation von Aktionären kann sich demnach als schwierig erweisen. Sportaktiengesellschaften mit Inhaberaktien sind etwa F.C. LUGANO SA, FC Aarau AG, FC Luzern-Innerschweiz AG, FC Thun AG, GENEVE-SERVETTE Hockey Club SA, SCB Eishockey AG, SCL-TIGERS AG.

entsprechenden Vinkulierungsbestimmung in den Statuten abhängig gemacht würde. In der Schweiz ist dies, soweit ersichtlich, bisher nicht der Fall.

## 5. Zwischenergebnis und Würdigung

- 874 Die Zweckanbindung begründet einen gemischten Endzweck in der Ausprägung wirtschaftlicher Hauptzweck mit klar untergeordnetem Förderzweck. Handelt es sich um eine nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, bleibt deren Endzweck nichtwirtschaftlich, so dass lediglich eine Änderung des Gesellschaftszwecks im Sinne von Tätigkeitsfeld vorliegt. Die Aktionäre einer Sportaktiengesellschaft können aufgrund ihrer Aktionärsstellung weder durch Verbandsrecht noch durch Zweckanbindung in irgendeiner Weise verpflichtet werden. Die Zweckformulierung kann auch nicht als Vinkulierungsbestimmung im Sinne der *Multiple Club Ownership* verstanden werden. Allerdings wäre es möglich, die Lizenzerteilung und somit letztlich auch die Verbandsmitgliedschaft vom Vorhandensein einer bestimmten Statutenbestimmung abhängig zu machen. Die Zweckanbindung führt zu einer Ausdehnung des Gesellschaftsinteresses, das sich infolgedessen um die gesellschaftsinterne Anerkennung des Verbandsinteresses erweitert. Für Gesellschaftsorgane kann die Zweckanbindung als Legitimationsgrundlage betrachtet werden, die es ihnen erlaubt, die verbandsrechtliche Treuepflicht für die Gesellschaft wahrzunehmen.
- 875 Diese teilweise Orientierung an Drittinteressen kann in den Augen eines wirtschaftlich motivierten Aktionärs als Nachteil erscheinen, da ein untergeordneter nichtwirtschaftlicher Teilendzweck (Förderzweck) eingeführt wird. Aus nichtwirtschaftlicher, sportlicher Perspektive ist demgegenüber das gesellschaftsinterne Bekenntnis zu den Verbandszielen, insbesondere zu den nationalen Interessen des Sports, wünschenswert. Die praktischen Auswirkungen einer Zweckanbindung sind für die Aktionäre indessen als gering einzustufen. Die Zweckanbindung hat auch und vor allem eine programmatische Wirkung, indem sich die Sportaktiengesellschaft ausdrücklich zur ideellen Natur des Sports und zu den gesamtschweizerischen sportlichen Interessen bekennt.

## IV. Bedeutung der Zweckanbindung für andere Interessengruppen

### 1. Revisionsstelle, Gesellschaftsgläubiger, Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit sowie Sportförderung durch die öffentliche Hand

- 876 Bezüglich der Auswirkungen auf die Revisionsstelle, die Gesellschaftsgläubiger, die Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit sowie die Sportförderung durch die öffentliche Hand kann auf die Ausführungen zum wirtschaftlichen, nichtwirtschaftlichen und gemischten Endzweck verwiesen werden.<sup>1784</sup> Für all diese Bereiche ergeben sich durch die Zweckanbindung an den Dachverband keine nennenswerten Konsequenzen.

---

<sup>1784</sup> Siehe vorne N 322 ff., 581 ff., 768 ff.

## 2. Steuern

Der Gesellschaftszweck ist für die Frage, welche Aufwendungen als geschäftsmässig begründet erscheinen, mitentscheidend.<sup>1785</sup> Demzufolge kann auch eine Zweckprogrammierung durch Anbindung an den Dachverband Einfluss auf die steuerrechtliche Qualifikation einer Disposition haben. Aus praktischer Perspektive dürfte es hingegen keine Rolle spielen, ob die Aktiengesellschaft aufgrund einer verbandsrechtlichen Pflicht oder aufgrund einer innergesellschaftlichen Anordnung zu einer bestimmten Disposition verpflichtet ist. Die geschäftsmässige Begründetheit liegt in beiden Fällen auf der Hand. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zur Steuerproblematik verwiesen werden.<sup>1786</sup>

877

## 3. Dachverband

Durch die Zweckanbindung an den Dachverband verpflichtet sich die Sportaktiengesellschaft, die Interessen des Dachverbandes zu wahren, und macht diese so zu eigenen Interessen bzw. einem eigenen Teilinteresse.<sup>1787</sup> Der nichtwirtschaftliche Endzweck des Dachverbands verlängert sich indessen nicht in die Sportaktiengesellschaft hinein.<sup>1788</sup> Dennoch wird durch die Zweckanbindung ein bestimmter, untergeordneter Förderzweck eingeführt, der den Konflikt zwischen den im Grunde gegensätzlichen Endzwecken des Verbands und der Aktiengesellschaft ein Stück weit entschärfen kann. Aus Sicht des Dachverbands ist die Zweckanbindung demnach als Stärkung seines nichtwirtschaftlichen Endzwecks zu begrüssen.

878

Die Zweckanbindung kann sich für den Dachverband indessen auch als zweischneidiges Schwert erweisen, und zwar dann, wenn die Sportaktiengesellschaften den Dachverband als Organisationsform für ihre wirtschaftlichen Zwecke gebrauchen (bzw. missbrauchen). Dann nämlich spricht eine Zweckanbindung gerade für einen wirtschaftlich motivierten Zusammenschluss der Klubs, was auf einen unzulässigen, wirtschaftlichen Endzweck des Dachverbands hindeutet.<sup>1789</sup> Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum gemischten Endzweck verwiesen werden, handelt es sich bei der Zweckanbindung doch letztlich um die Begründung eines nichtwirtschaftlichen, klar untergeordneten Förderzwecks bei der Sportaktiengesellschaft.<sup>1790</sup>

879

<sup>1785</sup> Siehe vorne N 602 ff.

<sup>1786</sup> Siehe vorne N 341 ff., N 589 ff., N 771 ff.

<sup>1787</sup> Siehe soeben N 850 ff. Vgl. HANDSCHIN, Treuepflicht, S. 174 f.

<sup>1788</sup> Siehe vorne N 377 ff.

<sup>1789</sup> Eine Zweckanbindung könnte eine Rolle bei der Frage spielen, ob der Dachverband als beherrschende Rechtsform im Sinne eines Konzerns angesehen werden muss. Vgl. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR, wonach eine konzernrechtliche Beherrschung dann vorliegt, wenn eine juristische Person ein anderes Unternehmen aufgrund einer Statutenbestimmung kontrollieren kann. Zudem kann eine Zweckanbindung Einfluss auf *horizontale Absprachen* i.S.v. Art. 5 KG unter Marktteilnehmern haben.

<sup>1790</sup> Siehe dazu vorne N 705 ff.

## V. Zusammenfassung der Ergebnisse

- 880 Die Anbindung des Gesellschaftszwecks an den Dachverband ist ein Spezialfall eines gemischten Endzwecks mit wirtschaftlichem Hauptendzweck und klar untergeordnetem Förderzweck. Dabei wird eine Bestimmung in die Statuten aufgenommen, die den Gesellschafts- an den Verbandszweck und somit auch das Gesellschaftsinteresse an das Dachverbandsinteresse bindet. Die Bindung besteht indessen bereits unabhängig davon durch die Vereinsmitgliedschaft der Sportaktiengesellschaft beim Dachverband. Auch die Zweckanbindung ist deshalb immer im Lichte dieser Verbandsmitgliedschaft zu betrachten.<sup>1791</sup>
- 881 Die vereinsrechtliche Bindung wirkt *gesellschaftsextern*. Obschon mit ihr ein nicht zu vernachlässigendes Abhängigkeitsverhältnis zum Dachverband begründet wird, bleibt die Sportaktiengesellschaft in genügendem Ausmass selbstbestimmt. Insbesondere verlängert sich der nichtwirtschaftliche Verbandsendzweck nicht in die Sportaktiengesellschaft hinein. Daneben bleibt ihr auch genügend Raum zur Verfolgung eigener sportlicher Ziele.<sup>1792</sup>
- 882 Die Zweckanbindung an den Dachverband wirkt *gesellschaftsintern*. Verbandsinteressen dürfen nunmehr neben den Eigeninteressen der Gesellschaft berücksichtigt werden, ohne dass die Körperschaftsautonomie der Sportaktiengesellschaft dadurch verletzt wird. Der Dachverband kann aus der Zweckprogrammierung nämlich keine Rechte ableiten, wie bspw. das Recht, bei der Bestellung der Organe oder bei Statutenänderungen mitzuwirken. Die Willensbildung der Sportaktiengesellschaft wird durch die Zweckanbindung nicht in erheblicher Weise beeinträchtigt.<sup>1793</sup>
- 883 Zu einer Konzernbildung – mit dem Dachverband als herrschendes Unternehmen – kommt es trotz der Zweckanbindung und der damit verbundenen Unterwerfung nicht.<sup>1794</sup>
- 884 Für den Verwaltungsrat bedeutet die Zweckanbindung an den Dachverband eine Modifikation seiner aktiven Interessenwahrungspflicht, indem er nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet ist, nichtwirtschaftliche, ideelle Verbandsinteressen zu berücksichtigen. Ohne eine solche Zweckanbindung befindet sich der Verwaltungsrat einer wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft regelmässig in einem Interessenkonflikt. Zum einen ist er dem wirtschaftlichen Endzweck der Sportaktiengesellschaft verpflichtet, und zum anderen hat er die allgemeine Treuepflicht und weitere Pflichten als Organ der Aktiengesellschaft im Dachverband wahrzunehmen. Am offensichtlichsten tritt der Interessenkonflikt in Erscheinung, wenn Organe der Sportaktiengesellschaften Ämter in Kommissionen des Dachverbands bekleiden und die Stimm- und Wahlrechte der Sportaktiengesellschaft in den Vereinsversammlungen ausüben.<sup>1795</sup>
- 885 Bei der Verfolgung von sportlichen Zielen legitimiert die Zweckanbindung die Befolgung aller verbandsrechtlich erlassenen Pflichten auf gesellschaftsinterner Grundlage. Praktische Auswirkungen

---

<sup>1791</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 800 ff.

<sup>1792</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 805 ff.

<sup>1793</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 830 ff.

<sup>1794</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 840 ff.

<sup>1795</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 846 ff.

ergeben sich aber nicht, da aufgrund der Vereinsmitgliedschaft ohnehin eine ausreichende gesellschafts-externe Pflicht besteht.<sup>1796</sup>

Für die Aktionäre bedeutet die Zweckanbindung in erster Linie die Begründung eines klar untergeordneten Förderzwecks und somit eine geringfügige Aufweichung des wirtschaftlichen Endzwecks. Durch die Zweckanbindung können den Aktionären aber keine persönlichen Pflichten gegenüber dem Dachverband auferlegt werden. Sie können rechtlich auch nicht gezwungen werden, in der Generalversammlung in einer bestimmten Weise zu stimmen. Der Verband kann aber die Lizenzerteilung unter anderem von statutarischen Voraussetzungen auf Seiten der Sportaktiengesellschaften abhängig machen und auf diesem Weg die Aktionäre faktisch zu einer bestimmten Ausübung ihrer Stimmrechte in der Generalversammlung zwingen.<sup>1797</sup>

Was die anderen in dieser Arbeit untersuchten Interessengruppen angeht, wirkt sich die Zweckanbindung lediglich beim Dachverband aus; darüber hinaus sind gewisse steuerrechtliche Aspekte betroffen. Aus Sicht des Dachverbands ist eine Zweckanbindung begrüßenswert, da zum Ausdruck kommt, dass der nichtwirtschaftliche Verbandscharakter ein Stück weit respektiert wird. Die Gefahr, als unzulässiger wirtschaftlicher Verein qualifiziert zu werden, wird dadurch aber nicht nachhaltig entschärft und unter Umständen sogar verschärft, wenn Anzeichen vorhanden sind, dass die Klubs sich zu einem wirtschaftlichen Verein zusammengeschlossen haben, um wirtschaftliche Interessen ihrer Aktionäre zu verfolgen.<sup>1798</sup>

---

<sup>1796</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 861 ff.

<sup>1797</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 865 ff.

<sup>1798</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 876 ff.



# Kapitel 6 Endzweck von Sportaktiengesellschaften in Konzern- bzw. Holdingstrukturen

## Vorbemerkung

In der Rechtswirklichkeit sind in zahlreichen Klubs Konzernstrukturen festzustellen, die entweder durch die Klubs gezielt aufgebaut wurden oder dadurch entstanden sind, dass eine andere Gesellschaft die Aktienmehrheit an der Sportaktiengesellschaft erworben hat. Nach einer kurzen Erörterung des Konzernbegriffs soll daher im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob und inwiefern sich die Überlegungen der vorangehenden Kapitel zur Bedeutung des Endzwecks in der Sportaktiengesellschaft auf Konzerngebilde übertragen lassen bzw. ob sich durch die Einbettung einer Sportaktiengesellschaft in ein Konzerngebilde Unterschiede in Bezug auf die bisherigen Erkenntnisse zum Endzweck ergeben.

888

## I. Konzernstruktur

### 1. Konzernbegriff

Die Schweiz kennt kein eigentliches Konzernrecht.<sup>1799</sup> Aus Art. 963 OR lässt sich ableiten, dass ein Konzern dann vorliegt, wenn eine rechnungslegungspflichtige juristische Person (Obergesellschaft) ein oder mehrere rechnungspflichtige Unternehmen kontrolliert (Untergesellschaft/en). Die Kontrolle kann gemäss Art. 963 Abs. 2 OR in verschiedener Weise ausgeübt werden: indem die Obergesellschaft direkt oder indirekt über die Mehrheit im obersten Organ verfügt (Ziff. 1), indem sie direkt oder indirekt die Mehrheit des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans bestimmen kann (Ziff. 2) oder indem sie aufgrund der Statuten, der Stimmenmehrheit, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (Ziff. 3). Entscheidend für den Konzernbegriff sind die *einheitliche Leitung* und die *juristische Selbständigkeit* der zusammengeschlossenen juristischen Personen.<sup>1800</sup>

889

### 2. Abgrenzung zur Holding

Holdinggesellschaften sind juristische Personen, deren Hauptfunktion darin besteht, dauernd Beteiligungen an anderen Unternehmen zu halten. Eine Holding kann einen tatsächlichen beherrschenden Einfluss auf die gehaltene Gesellschaft ausüben, muss es aber nicht. Sofern kein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, handelt es sich nicht um einen Konzern.<sup>1801</sup>

890

---

<sup>1799</sup> Statt aller VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1552.

<sup>1800</sup> Statt aller VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1554 ff.

<sup>1801</sup> Zum Ganzen VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1569.

## II. «Sportklubkonzern

### 1. Sportklubkonzerne in der Praxis

891 Umgangssprachlich wird unter einem Konzern häufig ein Grossunternehmen wie bspw. eine Publikums-gesellschaft verstanden. Der Konzernbegriff ist jedoch von der Unternehmensgrösse unabhängig.<sup>1802</sup> In der Praxis haben mehrere Sportklubs Konzerne gebildet. So besteht der SC Bern aus der SCB Eishockey AG, der SCB Future AG, der SCB Management AG sowie der SCB Group AG.<sup>1803</sup> Eine Konzernierung liegt aber auch dann vor, wenn die Aktien der Sportaktiengesellschaft von einer Muttergesellschaft gehalten werden, die dem Mäzen bzw. dem «Owner» gehört. Beispiele hierfür wäre die Lehmann Holding AG, die die Aktienmehrheit der EHC Kloten Sport AG hält, oder die Walter Frey Holding AG, der die ZLE Betriebs AG (ZSC Lions) zuzuordnen ist. Solche Muttergesellschaften halten gleichzeitig Beteiligungen von Körperschaften aus verschiedensten Branchen, ohne jeglichen Zusammenhang mit dem Sportgeschäft. Demgegenüber sind Gesellschaften wie bspw. die FC Basel Holding AG, die EVZ Holding AG und die EHC Biel Holding AG auf das Sportgeschäft fokussiert.

### 2. Motive für die Konzernbildung

892 Die Motive zur Konzernbildung können vielschichtig sein. Den Nachwuchs in eine eigene Nachwuchs-aktiengesellschaft einzubetten, dient bspw. dazu, die Chancen der Juniorenabteilung auf Weiterbestand bei einem allfälligen Konkurs der Profisportabteilung zu begünstigen. Durch Ausgliederung der Marketing- und Gastronomieabteilungen in eigene Rechtsträger dürften sich viele Klubs eine Professionalisierung und eine Diversifizierung erhoffen; und indem über das Kerngeschäft (Veranstaltung vom Meisterschaftsspielen) hinausgehende Dienstleistungen erbracht werden, sollen letztlich Mehreinnahmen generiert werden. Weiter kann sich aus der Zusammenarbeit mit der öffentlichen Hand oder bei der Suche nach neuen Investoren das Bedürfnis nach einer selbständigen Aktiengesellschaft als Teil einer langfristigen Zusammenarbeit ergeben.<sup>1804</sup> Die Aufteilung eines Unternehmenskörpers in mehrere Rechtsträger führt überdies zu einer Haftungsbeschränkung, da bei finanzieller Schieflage einer Gesellschaft die Konzernmutter grundsätzlich nur bis zum einbezahlten Kapital haftet. Nicht zuletzt dürften zudem bei der Konzernbildung Steuerüberlegungen regelmässig eine Rolle spielen.<sup>1805</sup>

---

<sup>1802</sup> HANDSCHIN, KMU-Konzern, S. 2.

<sup>1803</sup> Beispiel für eine ausgeprägte Konzernierung ist der EVZ, der die Gesellschaften EVZ Sport AG, EVZ Holding AG, EVZ Management AG, EVZ Gastro AG, EVZ Nachwuchs AG, The Hockey Academy AG umfasst und überdies die *Stiftung Eishockey Nachwuchs Förderung Innerschweiz* unterstützt. Weitere Beispiele sind der EHC Biel (EHC Biel Holding AG, EHC Biel Marketing AG, EHC Biel Sport AG, EHC Biel-Bienne Spirit AG) und der FC Basel (bestehend aus der FC Basel 1893 AG, der FC Basel Holding AG, dem Stammverein FC Basel 1893 und der Stiftung Nachwuchs-Campus Basel).

<sup>1804</sup> So bspw. beim Stadionbau der ZSC Lions, wo die Gründung einer Immobiliengesellschaft vorgesehen ist, siehe vorne N 369.

<sup>1805</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 141.



Zu beobachten ist aber auch der *Abbau* von Konzernstrukturen. So hat der HC Davos sein zuvor errichtetes Konzerngebilde wieder zurückgebaut und die Gesellschaften HC Davos Sport AG, HC Davos Holding AG und HC Davos Management AG aufgelöst, so dass nur noch die Hockey Club Davos AG verblieben ist.<sup>1806</sup>

Welches die geeigneten Konzernstrukturen sind, lässt sich nicht allgemein formulieren, sondern hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Nicht Teil der eigentlichen Konzernstruktur, jedoch faktisch von mindestens gleichwertiger Bedeutung sind die Stammvereine und allfällige Stiftungen<sup>1807</sup>. Darauf, welche Konzernstrukturen sich für einen Sportklub eignen, ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen.<sup>1808</sup> Im Fokus steht vielmehr die Frage, wie sich Konzernstrukturen auf den Endzweck auswirken können.

### 3. Endzwecke in Konzernstrukturen

Im vorliegenden Kontext ist das Verhältnis der Sportaktiengesellschaft zu ihrer Muttergesellschaft von Interesse. Mutter- und Tochtergesellschaft können jeweils entweder einen wirtschaftlichen oder einen nichtwirtschaftlichen Endzweck haben.<sup>1809</sup> Daraus ergeben sich vier Konstellationen, die nachfolgend zu untersuchen sind.<sup>1810</sup> Gemischte Endzwecke sind gesondert zu betrachten. Schwestergesellschaften sind grundsätzlich gleich wie zwei voneinander unabhängige Gesellschaften zu betrachten, weshalb die Endzwecke von Schwestergesellschaften für ihre gegenseitige Rechtsbeziehung keine Rolle spielen.

#### a) Mutter- und Tochtergesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck

Verfolgen Mutter- und Tochtergesellschaft jeweils einen nichtwirtschaftlichen Endzweck, ist der «Konzernendzweck» ebenfalls ein nichtwirtschaftlicher. Sofern beide Gesellschaften denselben Förderzweck verfolgen, ist die Kontrolle durch die Muttergesellschaft unbedenklich. Aus aktienrechtlicher Sicht können auch Zahlungsflüsse, denen keine Gegenleistungen gegenüberstehen, zwischen den beiden Gesellschaften fliessen, ohne dass Ausschüttungsbestimmungen verletzt würden oder ein Rückerstattungsanspruch im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR entstünde. Förderleistungen an die jeweils andere Gesellschaft sind vom Gesellschaftsinteresse gedeckt.<sup>1811</sup> Eine Vermögensverschiebung von der Tochter- an die

<sup>1806</sup> Neben der Stiftung HC Davos Hockey Academy, die zwar nicht der Teil der Konzernstruktur war, aber zur «Sportkluborganisation» zu zählen ist.

<sup>1807</sup> HC Davos Hockey Academy; Fondation Genève Servette; Fondation du club de hockey Genève-Servette pour l'enfance et l'humanitaire; Stiftung Nachwuchs-Campus Basel.

<sup>1808</sup> Zu möglichen Modellen der Konzernierung siehe PETER, La forme juridique, S. 30 ff.

<sup>1809</sup> In Bezug auf einen gemischten Endzweck siehe sogleich N 910.

<sup>1810</sup> Nämlich: Beide mit wirtschaftlichem Endzweck, beide mit nichtwirtschaftlichem Endzweck, Muttergesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck und Tochtergesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck, Muttergesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck und Tochtergesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck.

<sup>1811</sup> Fraglich ist, wie solche Vorgänge aus steuerrechtlicher Sicht zu beurteilen sind. Im Zentrum stehen die Fragen, ob Schenkungssteuern anfallen und ob eine Förderzweckleistung zu einer Umgehung der Gewinnsteuer führt oder ob ein geschäftsmässig begründeter Aufwand vorliegt. Siehe dazu vorne N 602 ff.

Muttergesellschaft ist konsequenterweise – aufgrund des Dividendenausschüttungsverbots – nicht als Dividende, sondern als zweckkonforme Zuwendung zu qualifizieren.

- 897 Verfügen sowohl die Mutteraktiengesellschaft als auch die Sportaktiengesellschaft als Tochtergesellschaft über einen nichtwirtschaftlichen Endzweck, sind die in Kapitel 3 aufgezeigten Vorteile des nichtwirtschaftlichen Endzwecks nicht tangiert.<sup>1812</sup>

### **b) Mutter- und Tochtergesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck**

- 898 Wenn Tochter- und Muttergesellschaft einen wirtschaftlichen Endzweck aufweisen, besteht kein Zweifel darüber, dass dem Konzern insgesamt ein wirtschaftlicher Charakter zukommt und das Ziel letztlich darin besteht, den Aktionären der Muttergesellschaft vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen. In der Praxis verzichtet die Tochtergesellschaft oftmals weitgehend auf ihre eigene Gewinnstrebigkeit, um so die Gewinnaussichten der Muttergesellschaft zu begünstigen. Dies wird als modifizierte Gewinnstrebigkeit bezeichnet.<sup>1813</sup> Entscheidend ist indessen, dass auch eine nicht gewinnstrebige Aktiengesellschaft einen wirtschaftlichen Endzweck verfolgen kann, indem die Aktionäre auf andere Weise als durch Dividendenausschüttung vermögensrechtlich bessergestellt werden. Vom Verzicht auf Gewinnerzielung profitiert die Muttergesellschaft als Aktionärin in wirtschaftlicher Weise bspw., wenn Leistungen für die Muttergesellschaft zu einem unteretzten Preis erfolgen. Gleichzeitig besteht keine Legitimation zur Verfolgung eines Förderzwecks, das heisst, das Gesellschaftsinteresse hat sich stets an Kosten-Nutzen-Überlegungen zu orientieren. Zu Schwierigkeiten kommt es dann, wenn neben die Muttergesellschaft als beherrschendes Unternehmen noch ein Minderheitsaktionariat tritt.<sup>1814</sup>
- 899 Verfügen die Muttergesellschaft und die Sportaktiengesellschaft als Tochtergesellschaft über wirtschaftliche Endzwecke, kommt es zu den in Kapitel 2 beschriebenen Problemen, falls prioritär sportliche statt wirtschaftliche Ziele verfolgt werden.<sup>1815</sup> Hinzu kommt als zusätzliches Problem die aktive Interessenwahrungspflicht des Verwaltungsrats der Obergesellschaft, die dem Unternehmensinteresse der Obergesellschaft gilt. So kann es bspw. dazu kommen, dass der als Organ handelnde Mäzen, der die Sportaktiengesellschaft durch eine von ihm gehaltene Gesellschaft beherrscht, bei Priorisierung von rein sportlichen Zielen seine aktive Interessenwahrungspflicht sowohl in der Sportaktiengesellschaft als auch in der Obergesellschaft verletzt. Dies geschieht namentlich dann, wenn die wirtschaftliche Muttergesellschaft die Sportaktiengesellschaft als Tochtergesellschaft und deren rein sportliche Zielverfolgung finanziell unterstützt.

---

<sup>1812</sup> Siehe vorne N 621 ff.

<sup>1813</sup> Siehe Literaturangaben zur modifizierten Gewinnstrebigkeit vorne N 43.

<sup>1814</sup> Siehe zur Stellung der Minderheitsaktionäre beim Konzerneingang BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 195 ff.

<sup>1815</sup> Siehe vorne N 270 ff.

Sollen beim Sportklub tatsächlich sportliche, nichtwirtschaftliche Ziele im Zentrum stehen, ist vom Aufbau einer Konzernstruktur, bei der Ober- und Untergesellschaften über wirtschaftliche Endzwecke verfügen, abzuraten.<sup>1816</sup>

900

### c) Nichtwirtschaftliche Mutter- und wirtschaftliche Tochtergesellschaft

Ist die Muttergesellschaft als nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaft konstituiert und beherrscht sie eine Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck, sind aus der Perspektive der Letzteren die Verhältnisse klar. Die Sportaktiengesellschaft ist dem Unternehmensinteresse verpflichtet und hat dafür zu sorgen, dass das Unternehmen langfristig und dauernd gedeiht und der Unternehmenswert gesteigert wird.<sup>1817</sup> Die nichtwirtschaftliche Muttergesellschaft kann zwar den Überschuss abschöpfen und diesen ihrerseits zur Förderzweckverfolgung einsetzen, muss aber die Tochtergesellschaft nach wie vor wie eine gewöhnliche gewinnstrebige Aktiengesellschaft konzernrechtlich kontrollieren. Nach diesem Grundsatz ist auch eine allfällige Pflichtverletzung der Organe zu bemessen.<sup>1818</sup> Nutzt die Muttergesellschaft ihre Rechtsstellung als Konzernobergesellschaft und setzt sie so in der Untergesellschaft die direkte Förderzweckverfolgung durch, kommt es bei der Untergesellschaft zu einer faktischen Zweckänderung,<sup>1819</sup> bei welcher dieselben Überlegungen anzustellen sind, wie wenn der nach sportlichem Erfolg strebende Mäzen seinen Einfluss als Aktionär geltend macht.<sup>1820</sup> Im Unterschied zum Mäzen, der sich als Aktionär für die Einflussnahme auf die Leitung der Gesellschaft auf keine rechtliche Grundlage stützen kann, ist die Konzernobergesellschaft jedoch aus ihrer Rechtsstellung heraus legitimiert, die Kontrollmacht im Konzern wahrzunehmen.<sup>1821</sup> Somit wird der nichtwirtschaftliche Endzweck, solange die Konzernobergesellschaft alleinige Aktionärin ist, *mittelbar* in die Tochtergesellschaft hinein verlängert.<sup>1822</sup>

901

Neben diesen allgemeinen Überlegungen stellt sich bei einem «Sportkonzern» mit nichtwirtschaftlicher Mutter- und wirtschaftlicher Tochtergesellschaft vor allem die Frage, *wie* der Förderzweck «Sport» durch die nichtwirtschaftliche Muttergesellschaft verfolgt werden soll. Da zumindest die wettkampfbезogenen sportlichen Ziele regelmässig nur durch die Sportaktiengesellschaft als Lizenznehmerin direkt verfolgt werden können, kann die Förderleistung der Obergesellschaft insbesondere in der Leistung von Zuschüssen bestehen. Dies führt zur eigentümlichen Situation, dass die Sportaktiengesellschaft

902

<sup>1816</sup> Zu einer Konzernbildung kann es auch dann kommen, wenn die Sportaktiengesellschaft eine Nachwuchssportaktiengesellschaft beherrscht, siehe sogleich N 915 ff. Der Mäzen kann in einem solchen Fall gegebenenfalls für seine (faktische oder formelle) Organstellung in der Muttergesellschaft, in der Sportaktiengesellschaft und in der Nachwuchssportaktiengesellschaft zur Rechenschaft gezogen werden.

<sup>1817</sup> Siehe zum Unternehmensinteresse vorne N 74 ff.

<sup>1818</sup> Anders wäre die Sachlage bei einer offenen Konzernierung, das heisst, wenn sich die Sportaktiengesellschaft ihrer Muttergesellschaft statutarisch unterwirft.

<sup>1819</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 186, der die Situation für Gesellschaften mit wirtschaftlichem Endzweck beschreibt. Demnach verfolge die Untergesellschaft durch Konzernattraktion der Obergesellschaft prioritär Konzernziele.

<sup>1820</sup> Siehe vorne N 317.

<sup>1821</sup> Vgl. Art. 963 OR.

<sup>1822</sup> Vgl. dazu DIAS, S. 63; HANDSCHIN, Konzern, S. 93.

verpflichtet wäre, Gewinn zu erwirtschaften und Dividenden an die Muttergesellschaft auszuschütten, die Muttergesellschaft aber ihren nichtwirtschaftlichen Endzweck darin verwirklicht, der Sportaktiengesellschaft finanziell unter die Arme zu greifen. Es entsteht ein *Perpetuum-mobile*-Gebilde, in dem letztlich der wirtschaftliche Endzweck auf die Selbstfinanzierung hinausläuft.<sup>1823</sup>

- 903 Eine derartige Konstellation ist bei der FC Basel Holding AG anzutreffen, die folgenden Zweckartikel führt.

*«Unterstützung der FC Basel 1893 AG und des Vereins FC Basel 1893 in finanzieller und ideeller Art, Förderung des Ansehens der FC Basel 1893 AG und des Vereins FC Basel 1893 einerseits und des Standortes Basel andererseits sowie Erwerb, dauernde Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen an in- und ausländischen Unternehmen aller Art. Die Gesellschaft kann Liegenschaften erwerben und verkaufen.»*<sup>1824</sup>

- 904 Die FC Basel Holding AG als Muttergesellschaft hält 75 Prozent der Aktien der FC Basel 1893 AG, die die eigentliche Sportaktiengesellschaft und die Lizenznehmerin bei der SFL ist. Die restlichen 25 Prozent werden vom FC Basel 1893, dem Stammverein, gehalten. Die FC Basel 1893 AG verfügt weder im Zweckartikel noch an anderer Stelle in den Statuten über einen Hinweis auf einen nichtwirtschaftlichen oder gemischten Endzweck. Es ist somit davon auszugehen, dass sie einen wirtschaftlichen Endzweck verfolgt und ihr Gesellschaftsinteresse darauf ausgerichtet ist, ihren Aktionären vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen. Was den Verein FC Basel 1893 als Minderheitsaktionär betrifft, sind keine Probleme ersichtlich,<sup>1825</sup> da dieser eine allfällige Dividende für seine ideellen, sportlichen Vereinsziele aufwenden würde. In Bezug auf die Muttergesellschaft FC Basel Holding AG offenbart sich demgegenüber ein Widerspruch, da die Tochter, die FC Basel 1893 AG, der Mutter vermögensrechtliche Vorteile verschaffen soll, der Zweck der Muttergesellschaft aber darin besteht, die Tochtergesellschaft *finanziell und ideell zu unterstützen*.<sup>1826</sup> Damit wird grundsätzlich (nur) ein Förderzweck formuliert, denn mit der finanziellen und ideellen Unterstützung einer anderen juristischen Person als geschäftliches Tätigkeitsfeld lässt sich kein Überschuss erwirtschaften. Einzig bei der Zweckangabe «Verwaltung und Handel mit Beteiligungen und Liegenschaften» liesse sich vertreten, dass auch ein wirtschaftlicher Teilendzweck vorliege. Allerdings müsste dieser nach der hier vertretenen Auffassung umfangmässig von eindeutig untergeordneter Bedeutung sein.<sup>1827</sup> Sobald aber eine Dividende aus der Holding ausgeschüttet

---

<sup>1823</sup> Vgl. dazu BK-RIEMER Stiftungsrecht, Systematischer Teil, N 395, zur Situation bei der Unternehmensstiftung, die Aktionärin einer Kapitalgesellschaft ist und deren Destinatär ebendiese Gesellschaft ist.

<sup>1824</sup> Statuten der FC Basel Holding AG vom 4. Oktober 2006.

<sup>1825</sup> Für den Verein nach Art. 60 ff. ZGB gilt, dass er keinen wirtschaftlichen Endzweck verfolgen darf. Siehe dazu vorne N 45 f.

<sup>1826</sup> Die «finanzielle Unterstützung» der Tochter- durch die Muttergesellschaft wäre vom wirtschaftlichen Endzweck nicht gedeckt, wenn die Mittel zum Verbrauch im Rahmen der Förderzweckverfolgung bestimmt sind.

<sup>1827</sup> Es würde sich demnach um einen wirtschaftlichen Nebenendzweck von klar untergeordneter Bedeutung handeln. Siehe dazu vorne N 707 ff.

würde – wie von der neuen Inhaberschaft der FC Basel Holding AG indiziert<sup>1828</sup> –, wird sich unweigerlich die Frage nach dem Endzweck stellen.<sup>1829</sup>

Dieses Beispiel aus der Praxis zeigt, dass Konzernstrukturen mit Zweckformulierungen, die eine finanzielle Unterstützung der wirtschaftlichen Tochter- durch die Muttergesellschaft vorsehen, abzulehnen sind, da es zu einer unhaltbaren Rechtsunsicherheit über den Endzweck der Muttergesellschaft kommen kann. Das Modell nichtwirtschaftliche Ober-/wirtschaftliche Untergesellschaft ergibt folglich nur dann Sinn, wenn der Förderzweck der Obergesellschaft nicht ausschliesslich die Unterstützung der Untergesellschaft zum Gegenstand hat.

#### d) Wirtschaftliche Mutter- und nichtwirtschaftliche Tochtergesellschaft

Verfügt die Muttergesellschaft über einen wirtschaftlichen und die Tochtergesellschaft über einen nichtwirtschaftlichen Endzweck, kann es zu keiner mittelbaren Verlängerung des wirtschaftlichen Endzwecks in die Tochtergesellschaft kommen. Die wirtschaftliche Muttergesellschaft kann demnach keinen direkten vermögensrechtlichen Vorteil aus dem Halten der nichtwirtschaftlichen Tochtergesellschaft erlangen. Leistet sie einen Unterstützungsbeitrag an die Tochtergesellschaft, so führt das – anders als bei einer wirtschaftlichen Untergesellschaft – nicht automatisch zu einem Vermögenszuwachs ihrer Beteiligung. Die Disposition müsste als reiner Vermögensabgang qualifiziert werden und wäre mit dem wirtschaftlichen Endzweck und dem Unternehmensinteresse der Muttergesellschaft nicht vereinbar. Immerhin kann die Beteiligung dann als ökonomisch sinnvoll durchgehen, wenn sie in Bezug auf «weiche Faktoren» wie etwa Imagepflege oder im Hinblick auf einen Weiterverkauf mit Gewinn gehalten wird.

Weiter erscheint auch die Durchsetzung der einheitlichen Leitung problematisch. Für die Tochtergesellschaft gilt es den Förderzweck bestmöglich zu verfolgen, ohne dass der Muttergesellschaft vermögensrechtliche Vorteile zukommen. Aus der Perspektive der wirtschaftlichen Muttergesellschaft geht es demgegenüber darum, ihren Endzweck auch unter Ausnützung der Konzernleitungsfunktion zu verfolgen. Für einen Verwaltungsrat, der in beiden Gesellschaften Organstellung innehat, kommt es dadurch zu einem strukturellen Interessenkonflikt.<sup>1830</sup> Denn während er sich bei der einheitlichen Leitung durch die Konzernobergesellschaft nach dem Unternehmensinteresse zu richten hat, darf er als in die nichtwirtschaftliche Untergesellschaft entsandtes Organ dort eben keine wirtschaftlichen Ziele der Aktionäre – und somit der Konzernobergesellschaft – verfolgen.

Ohne eine entsprechende Zweckprogrammierung bei der Konzernmutter, die das «Halten von Beteiligungen an *nichtwirtschaftlichen* Aktiengesellschaften» vorsieht, ist dieser Widerspruch allem Anschein nach nicht auflösbar.

<sup>1828</sup> Siehe NZZ vom 8. April 2017, 56, «Ein Klub in neuem Kleid».

<sup>1829</sup> Ebenso heikel wäre ein Liquidationsbeschluss, der im Fall des FC Basel zu einer erheblichen Liquidationsdividende führen würde.

<sup>1830</sup> Er befindet in einer ähnlichen Situation, wie sie beim «doppelten Pflichtenexus» anzutreffen ist. Als solcher wird das Spannungsverhältnis beschrieben, das entsteht, wenn eine Person Verwaltungsrat der Konzernober- und der Konzernuntergesellschaft ist. Siehe dazu JÖRG, Verwaltungsrat in Gruppengesellschaften, S. 56 f.; VOGT/BÄNZIGER, S. 626.

- 909 Ein wirtschaftlicher Endzweck der Obergesellschaft vermag den Endzweck der Sportaktiengesellschaft als Tochtergesellschaft im Ergebnis nicht zu beeinflussen. Umgekehrt kann es sich als Problem erweisen, eine nichtwirtschaftliche Sportaktiengesellschaft in einen Konzern mit einer wirtschaftlichen Muttergesellschaft einzugliedern.

#### e) Gemischte Endzwecke

- 910 Berücksichtigt man nun zusätzlich noch Konstellationen mit gemischtem Endzweck, können sich die Szenarien beliebig verkomplizieren. Durch den hier geforderten Grundsatz der Klarheit des Endzwecks ist es aber möglich, jeweils für jede der beiden Gesellschaften eine Aussage darüber zu machen, in welchem Umfang ein allfällig erzielter oder erzielbarer Gewinn dem Aktionär zusteht und in welchem Umfang der Förderzweck zu verfolgen ist.

### 4. Steuerproblematik

- 911 Auch ohne die Berücksichtigung eines allfälligen nichtwirtschaftlichen Endzwecks weisen Konzernstrukturen aus steuerrechtlicher Optik Problemfelder auf. So erfordert die konzernrechtliche Einordnung einer Untergesellschaft die Einhaltung des steuerrechtlichen Grundsatzes *«dealing at arm's length»*.<sup>1831</sup> Nur wenn die Konditionen der einzelnen Rechtsgeschäfte dem Drittvergleich standhalten, sind die Interessen des örtlich zuständigen Fiskus geschützt.<sup>1832</sup> Die faktische Verfolgung von sportlichen statt wirtschaftlichen Zielen kann, wie gezeigt wurde, ungewollte Steuerkonsequenzen nach sich ziehen.<sup>1833</sup> Noch komplexer gestaltet sich die Sachlage, wenn Leistungen zwischen einer Mutter- und einer Tochtergesellschaft mit unterschiedlichen Endzwecken zu beurteilen sind.
- 912 Gerade ausgewogene, dem Drittvergleich entsprechende Vertragsverhältnisse liegen nicht im Interesse der nichtwirtschaftlichen Konzerngesellschaft, die aufgrund ihres Förderzwecks die andere Konzerngesellschaft begünstigen möchte.<sup>1834</sup> Es kann sich die Situation ergeben, dass eine einzelne Disposition aus dem Blickwinkel der einen Gesellschaft dem Grundsatz des Drittvergleichs gerecht werden muss, aus der Perspektive der anderen jedoch aufgrund von deren Förderzweck unentgeltlich erfolgen soll. So muss bspw. die wirtschaftliche Tochtergesellschaft in einem Vertragsverhältnis mit der nichtwirtschaftlichen Muttergesellschaft auf einer ausgewogenen Gegenleistung bestehen, wohingegen die Muttergesellschaft gerade auf die finanzielle Unterstützung der Tochtergesellschaft ausgerichtet ist.<sup>1835</sup>
- 913 Steuerrechtliche Schwierigkeiten können sich auch in Bezug auf die Bewertung einer Beteiligung an einer Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck ergeben.<sup>1836</sup>

---

<sup>1831</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 304a, 308, 311, 318, 325, 331.

<sup>1832</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 311.

<sup>1833</sup> Siehe vorne N 341 ff.

<sup>1834</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 262.

<sup>1835</sup> So im Beispiel des FC Basel, siehe oben N 903.

<sup>1836</sup> Siehe vorne N 609.

Insgesamt dürften sich bei einem Konzern, der wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Aktiengesellschaften in sich vereint, komplizierte und schwer voraussehbare steuerrechtliche Folgen ergeben. Somit ist aus steuerrechtlicher Optik die Eingliederung der Sportaktiengesellschaft in einen Konzern dann abzulehnen, wenn ihr Endzweck nicht mit demjenigen der Muttergesellschaft übereinstimmt.

914

## 5. Stammverein als Tochteraktiengesellschaft

Die vorangehende Betrachtung der Endzwecke im Konzern bezieht sich auf die Konstellation mit der Sportaktiengesellschaft als Untergesellschaft. Dankbar ist indessen auch, dass die Sportaktiengesellschaft die Konzernobergesellschaft ist. Praktisch relevant ist dabei der Fall, bei dem die Nachwuchsorganisation als Aktiengesellschaft konstituiert ist und vollständig von der Sportaktiengesellschaft gehalten wird. Der Stammverein ist in diesem Fall zur Tochteraktiengesellschaft mutiert. Dieses Modell ist in der Praxis bereits im Eishockey vorzufinden und dürfte in Zukunft von weiteren Sportklubs gewählt werden.<sup>1837</sup>

915

Nachwuchsorganisationen sind ideell geprägt und widmen sich vornehmlich der Entwicklung, Ausbildung und Förderung von jungen Athleten.<sup>1838</sup> Aus typologischen Gesichtspunkten wäre im Rahmen des dispositiven Aktienrechts der Typ Aktiengesellschaft mit nichtwirtschaftlichem Endzweck zu wählen. In der Praxis weisen die Nachwuchssportaktiengesellschaften indessen keine nichtwirtschaftlichen Endzwecke auf. Die Formulierung «Organisation, Leitung und Durchführung des Betriebs der Nachwuchsmannschaften»<sup>1839</sup> reicht für die Begründung eines nichtwirtschaftlichen Endzwecks nicht aus.<sup>1840</sup> Eine Nachwuchssportorganisation kann – vergleichbar mit etwa einer Privatschule – grundsätzlich auch mit der Absicht betrieben werden, den Aktionären vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen.

916

Verfügt die Nachwuchssportaktiengesellschaft über einen wirtschaftlichen Endzweck, so ist sie dazu bestimmt, auf vermögensrechtliche Vorteile für ihre Aktionärin, also die Sportaktiengesellschaft, hinarbeiten. Dem Verwaltungsrat der Nachwuchssportaktiengesellschaft wäre es untersagt, zur Verfügung stehende Mittel ideell einzusetzen. Stattdessen müsste er sich rein von Kosten-Nutzen-Überlegungen leiten lassen und dafür sorgen, dass das Unternehmen langfristig und nachhaltig gedeiht sowie der Unternehmenswert anwächst. Diese Rechtslage dürfte allerdings kaum dem Selbstverständnis von Juniorensportorganisationen entsprechen und ebenso wenig beabsichtigt gewesen sein, als der Stammverein in eine Aktiengesellschaft eingegliedert wurde. Die Einheit des Aktienrechts erlaubt indessen keine

917

<sup>1837</sup> EHC Basel Nachwuchs AG; EHC Biel-Bienne Spirit AG; EVZ Nachwuchs AG; GCK/ZSC Lions Nachwuchs AG; Lakers Nachwuchs AG; SC Langenthal Nachwuchs AG; SCB Future AG; SCL Young Tigers AG.

<sup>1838</sup> Vgl. KAISER, S. 78.

<sup>1839</sup> Zitiert aus dem Zweckartikel der GCK/ZSC Lions Nachwuchs AG.

<sup>1840</sup> Siehe vorne N 443 ff.

Ausnahmebehandlung von atypischen Aktiengesellschaften.<sup>1841</sup> Auch die Nachwuchssportaktiengesellschaft hat das Spiel der Aktiengesellschaft zu spielen.<sup>1842</sup>

- 918 Zu diesem typologischen Spannungsverhältnis treten gravierende Probleme hinzu, wenn es um die Weiterleitung von Fördergeldern geht. Fördergelder werden in der Praxis jeweils an die Sportaktiengesellschaften ausgezahlt, mit der Auflage, sie für die Nachwuchsförderung einzusetzen. Solche Mittel werden Teil des Finanzkreislaufs der Sportaktiengesellschaft und nach Massgabe des Zusammenarbeitsvertrags mit der Nachwuchsorganisation an diese weitergeleitet. Es besteht die latente Gefahr, dass die Fördergelder, statt zur *zusätzlichen* Nachwuchsförderung eingesetzt zu werden, der wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft ganz einfach als Einnahmequelle dienen. Doch selbst wenn – bspw. durch eine abgegrenzte Rechnungslegung – die Fördergelder vollumfänglich an die Nachwuchssportaktiengesellschaft weitergeleitet werden oder ihr sogar direkt zufließen, wird dadurch ein Anstieg des Beteiligungswerts bei der wirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft bewirkt, was auf eine Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre der Sportaktiengesellschaft hinausläuft. Aus aktienrechtlicher Sicht wäre zudem nichts dagegen einzuwenden, wenn ausschüttbare Mittel aus der Nachwuchssportaktiengesellschaft als Dividenden an die Aktionärin (Sportaktiengesellschaft) fliessen würden. Mit einem derartigen Vorgang wäre jedoch die naturgemäss ideelle Zweckgebundenheit von Sportfördermitteln endgültig torpediert.
- 919 Verfügt die Nachwuchssportaktiengesellschaft über einen wirtschaftlichen Endzweck, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, das Unternehmensinteresse zu priorisieren. Er hat nach Kosten-Nutzen-Überlegungen zu verfahren und auf vermögensrechtliche Vorteile der Aktionärin (also der Sportaktiengesellschaft) hinzuwirken. Nachwuchsförderung darf hierbei lediglich «Mittel zum Zweck» und nicht «Selbstzweck» der Gesellschaft sein. Dass dieses Bild nicht der rechtstatsächlichen Auffassung der Finalität einer Nachwuchsorganisation entspricht, liegt auf der Hand. Einer Nachwuchssportaktiengesellschaft, die tatsächlich ideelle, sportliche Ziele verfolgt, ist demnach von einem wirtschaftlichen Endzweck abzuraten.
- 920 Im selben Sinne ist auch bei einer Amateursportaktiengesellschaft<sup>1843</sup> von einem wirtschaftlichen Endzweck abzusehen. Der im Wesentlichen unentgeltliche Einsatz der Spieler in Amateurligen beruht auf sportlichen, ideellen Motiven und verträgt sich nicht mit dem Ziel, den Aktionären vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen.

---

<sup>1841</sup> Siehe vorne N 8 ff.

<sup>1842</sup> FORSTMOSER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, N 1122, wonach der Unternehmer, der sich für die Rechtsform der Aktiengesellschaft entscheidet, nicht nur deren Vorteile beanspruchen kann, sondern sich gleichermassen mit den Nachteilen abfinden muss.

<sup>1843</sup> Siehe zur Amateursportaktiengesellschaft vorne N 104.



### III. Zusammenfassung der Ergebnisse

Bei Professional-Sportkluborganisationen sind häufig Konzernstrukturen anzutreffen. Die Sportaktiengesellschaften ist dabei in der Regel Untergesellschaft. Wird die defizitäre Sportaktiengesellschaft durch die Muttergesellschaft finanziell unterstützt, ergeben sich aufgrund des handels- und steuerrechtlichen Prinzips *«dealing at arm's length»* mehrere Problemfelder. 921

Besonders problematisch ist das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, wenn sie über verschiedene Endzwecke verfügen. Die nichtwirtschaftliche Obergesellschaft, die die wirtschaftliche Sportaktiengesellschaft als Untergesellschaft unterstützen will, begünstigt eine von ihr gehaltene Aktiengesellschaft, deren Endzweck darin besteht, sich selbst vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen. Folglich ist von einem solchen Konstrukt abzuraten.<sup>1844</sup> 922

Beim Modell mit einer wirtschaftlichen Obergesellschaft und einer nichtwirtschaftlichen Sportaktiengesellschaft als Untergesellschaft sind die Führungsorgane der Obergesellschaft bei der Ausübung ihrer aktiven Interessenwahrungspflicht gehalten, dem wirtschaftlichen Endzweck der Obergesellschaft in der Untergesellschaft zum Durchbruch zu verhelfen, obschon der nichtwirtschaftliche Endzweck der Tochtergesellschaft gerade dies ausschliesst. Als Lösung für diesen Widerspruch bietet sich eine Zweckprogrammierung der Konzernmutter an, die sie dazu legitimiert, solche nicht gewinnbringenden Beteiligungen zu halten.<sup>1845</sup> 923

Aus steuerrechtlicher Optik sind Leistungen zwischen Konzerngesellschaften im Lichte des steuerrechtlichen *«dealing at arm's length»* ohnehin problematisch. Verfügen Ober- und Untergesellschaft über abweichende Endzwecke, kann dies die steuerrechtlichen Probleme noch weiter verschärfen.<sup>1846</sup> 924

In der Praxis ist vermehrt zu beobachten, dass auch der Stammverein in das Rechtskleid der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft übergeführt wird (Nachwuchssportaktiengesellschaft), was schon aus typologischen Gründen ein spannungsbeladener Vorgang ist, bedingt es doch den Wechsel vom nichtwirtschaftlichen Endzweck des Vereins zum wirtschaftlichen Endzweck der Aktiengesellschaft. Darüber hinaus kann es zu gravierenden Problemen bei der Weiterleitung von Fördergeldern kommen. Soll die ideelle Natur des Nachwuchssports erhalten bleiben, ist für Nachwuchssportaktiengesellschaften deshalb der nichtwirtschaftliche Endzweck zu empfehlen.<sup>1847</sup> 925

Sofern also mit der Programmierung des Endzwecks einer Sportaktiengesellschaft die Begünstigung von rein sportlichen Zielen beabsichtigt wird, ist sowohl bei schon vorhandenen Konzernstrukturen als auch beim Aufbau von solchen Konstrukten Vorsicht geboten. Die konzerninterne Mischung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Endzwecken ist häufig mit zusätzlichen rechtlichen Problemen verbunden. 926

<sup>1844</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 901 ff., 906 ff.

<sup>1845</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 908.

<sup>1846</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 911 ff.

<sup>1847</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 915 ff.



## Kapitel 7 Gegenüberstellung und Schlussbetrachtung

Ziel dieser Arbeit ist es, aufzuzeigen, welcher Endzweck für den Sportklub als Aktiengesellschaft passend und angemessen ist. Im letzten Kapitel sind daher die wichtigsten Erkenntnisse zu resümieren und als Schlussfolgerung eine Aussage darüber zu machen, welcher Endzweck sich aus der Perspektive der jeweiligen Akteure am besten eignet.

927

### I. Wirtschaftlicher, nichtwirtschaftlicher und gemischter Endzweck

Um der Frage des geeigneten Endzwecks einer Sportaktiengesellschaft nachzugehen, war zunächst eine Betrachtung des nichtwirtschaftlichen und des gemischten Endzwecks als atypische aktienrechtliche Gestaltungsformen notwendig. Die wichtigsten Ergebnisse sind dabei folgende:

928

Der nichtwirtschaftliche Endzweck steht sowohl bei der Gründung als auch bei einer späteren Endzweckänderung als aktienrechtliche Ausgestaltungsmöglichkeit zur Verfügung. Auch die vorgesehene Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR ändert daran nichts. Ebenso lässt das Aktienrecht einen gemischten Endzweck zu.<sup>1848</sup>

929

Voraussetzung für ein Abweichen vom typischen wirtschaftlichen Endzweck ist immer eine klare statutarische Grundlage (Grundsatz der Klarheit), die grundsätzlich im Zweckartikel oder in der Bestimmung über die Verwendung des Gewinns und des Liquidationsergebnisses erfolgen kann. Der gemischte Endzweck muss zudem das Verhältnis zwischen den beiden Endzwecken klar zum Ausdruck bringen. Dies kann durch eine prozentuale Angabe, durch eine Dividendenbeschränkung oder durch eine klare Unterordnung des Nebenendzwecks erreicht werden. Durch einen Aktionärsbindungsvertrag lässt sich demgegenüber der Endzweck nicht ändern.<sup>1849</sup>

930

Der nichtwirtschaftliche Endzweck führt zu einem Dividenden- und Schlussdividendenausschluss. Dagegen bleibt der Verkauf von Aktien einer nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft mit Gewinn zulässig.<sup>1850</sup>

931

Für eine Endzweckänderung ist in der Regel – gleich wie bei der Aufgabe der Gewinnstrebigkeit im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR – die Zustimmung jedes Aktionärs erforderlich. Für die Aufnahme eines klar untergeordneten Förderzwecks reicht ausnahmsweise eine Zweidrittelmehrheit im Sinne von

932

---

<sup>1848</sup> Siehe vorne N 403 ff. zur vorgesehenen Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR und N 653 ff. zur Zulässigkeit des gemischten Endzwecks.

<sup>1849</sup> Siehe vorne N 422 ff. zum Grundsatz der Klarheit, N 694 ff. zum klaren Verhältnis der beiden Teilendzwecke beim gemischten Endzweck und N 458 ff. zur Unzulässigkeit der Endzweckprogrammierung durch Aktionärsbindung.

<sup>1850</sup> Siehe vorne N 515 ff. zum Dividendenausschluss, N 518 ff. zum Schlussdividendenausschluss und N 556 ff. zum Weiterverkauf mit Gewinn.

Art. 704 OR. Kann das erforderliche Quorum nicht erreicht werden, ist die Rechtsfolge Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit. Mittel, die unter dem nichtwirtschaftlichen End- oder Teilendzweck generiert werden, sind diesem unwiderruflich «gewidmet»; daraus ergibt sich, dass eine Änderung eines nichtwirtschaftlichen in einen wirtschaftlichen End- oder Teilendzweck grundsätzlich unzulässig ist.<sup>1851</sup>

- 933 Schliesslich ist *de lege ferenda* dreierlei zu fordern, nämlich erstens in der laufenden Aktienrechtsrevision von der Streichung von Art. 620 Abs. 3 OR abzusehen, zweitens in der laufenden Revision des Handelsregisterrechts in Art. 828 Abs. 1 E-OR den Begriff *gemeinnützig* zu vermeiden und drittens den geltenden Art. 45 HRegV um eine Bestimmung zu ergänzen, wonach auch ein nichtwirtschaftlicher End- oder Teilendzweck (insbesondere eine Dividendenbeschränkung) Gegenstand des Handelsregisterintrags sein muss.<sup>1852</sup>

## II. Verwaltungsrat

- 934 Die aktive Interessenwahrungspflicht des Verwaltungsrates ist vom jeweiligen Endzweck der Aktiengesellschaft abhängig. In der Sportaktiengesellschaft mit wirtschaftlichem Endzweck ist Sport *Mittel zum Zweck*. Sportliche Ziele zu verfolgen ist nur dann endzweckkonform, wenn dadurch das Unternehmensinteresse gefördert wird. Die Verfolgung von rein sportlichen Zielen in der wirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist *endzweckwidrig*. Der nichtwirtschaftliche Endzweck, der sportliche Ziele als Förderzweck in das Zentrum stellt, macht den Sport zum *Selbstzweck* der Aktiengesellschaft. Solange die Gesellschaft in ihrer Existenz nicht gefährdet ist, ist nicht nach Kosten-Nutzen-, sondern nach Kosten-Fördernutzen-Überlegungen vorzugehen. Unter einem nichtwirtschaftlichen Endzweck kann sich der Spielraum des Verwaltungsrates, rein sportliche Ziele zu verfolgen, signifikant erhöhen; insbesondere ist keine gewinnstrebige Finanzplanung mehr notwendig. Der gemischte Endzweck begünstigt – im Umfang des Verhältnisses zwischen nichtwirtschaftlichem und wirtschaftlichem Teilendzweck – ebenfalls die Verfolgung rein sportlicher Ziele. Aus Sicht des Verwaltungsrates besteht ein elementares Interesse daran, dass der «wahre Endzweck» statutarisch festgelegt ist. Bei endzweckwidriger Wahrnehmung der aktiven Interessenwahrungspflicht setzt er sich sowohl einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit als auch dem Risiko der Strafbarkeit aus. Ist es den Aktionären tatsächlich wichtiger, sportliche Erfolge zu feiern als vermögensrechtliche Vorteile zu erlangen, ist aus Sicht des Verwaltungsrates der nichtwirtschaftliche Endzweck zu empfehlen. Sind die Aktionäre jedoch nicht bereit, diesen einschneidenden Schritt zu gehen, kann ein gemischter Endzweck die eingeschränkte Berücksichtigung sportlicher Interessen ermöglichen. Da sportlicher und wirtschaftlicher Erfolg häufig nahe beieinanderliegen, ist zumindest ein gemischter Endzweck mit einem klar untergeordneten Förderzweck für jeden Verwaltungsrat einer Sportaktiengesellschaft vorteilhaft. Weiter ist auch die Anbindung des Gesellschaftszwecks an den Verbandszweck aus Sicht des Verwaltungsrates begrüssenswert. Dadurch wird er

---

<sup>1851</sup> Siehe vorne N 538 ff., 752 zur Endzweckänderung, N 707 ff. zum klar untergeordneten Förderzweck und N 550 ff., 753 zum erforderlichen Quorum für Endzweckänderungen.

<sup>1852</sup> Siehe vorne N 404 zu Art. 620 Abs. 3 OR N 407, zu Art. 828 Abs. 1 E-OR Handelsregisterrecht; N 452 zu Art. 45 HRegV.

gesellschaftsintern legitimiert, die Mitgliedschaftsrechte der Sportaktiengesellschaft im Dachverband wahrzunehmen, ohne das Gesellschaftsinteresse zu verletzen. Schliesslich ist, wiederum aus Sicht des Verwaltungsrates, vom Aufbau einer Konzernstruktur, bei der Ober- und Untergesellschaft nicht denselben Endzweck verfolgen, abzuraten. Ebenfalls abzulehnen ist in diesem Zusammenhang die Eingliederung des Stammvereins in eine wirtschaftliche Nachwuchsaktiengesellschaft.<sup>1853</sup>

### III. Aktionäre

Gegen eine *endzweckwidrige Geschäftsführung* können sich Aktionäre – auch wenn die Möglichkeiten beschränkt sind – zur Wehr setzen. In der Praxis sind es bei Sportaktiengesellschaften aber gerade die Aktionäre, die die endzweckwidrige Priorisierung von sportlichen Zielen vorantreiben. Aktionäre, die entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben, sind regelmässig als faktische Organe zu qualifizieren und haften für Pflichtverletzungen gleich wie formelle Organe. Strebt der Aktionär gar keine vermögensrechtlichen Vorteile an, wird er auch keine Verletzung seines Anspruchs auf Anteil am Bilanzgewinn bzw. auf gewinnstrebige Geschäftsführung reklamieren. Wirkungsvoller können Aktionäre ihrer Gesellschaft die ideelle Natur des Sports durch eine Endzweckänderung «einimpfen». Durch den nichtwirtschaftlichen Endzweck lässt sich jeglicher vermögensrechtliche Vorteil bestehender und künftiger Aktionäre ausschliessen. Bei einem gemischten Endzweck lässt sich der wirtschaftliche Charakter auf ein Mass eindämmen, das die ideelle Natur des Sports nicht zu gefährden vermag. Hierzu eignet sich insbesondere eine Dividendenbeschränkung. Betriebliche Überschüsse sind dabei im konkret festgelegten Umfang unwiderruflich dem Förderzweck verschrieben. Gelingt es, die Zustimmung jedes Aktionärs einzuholen, kann somit eine Perpetuierung des ideellen, sportlichen Charakters der Gesellschaft realisiert werden, die auch für künftige Aktionäre gilt. Zusätzlich wirkt sich der nichtwirtschaftliche End- oder Teilendzweck auf eine *Escape-clause-Vinkulierung* aus und führt zu einem tieferen *wirklichen Wert*. Dadurch lässt sich ein zusätzlicher Schutz bspw. gegenüber ausländischen Investoren schaffen, indem der Aktienerwerber ohne Angabe von Gründen abgelehnt werden darf und die Ablösung zum tiefen wirklichen Wert finanzierbar wird. Den Absichten von rein sportlich motivierten Aktionären entspricht mithin am ehesten ein nichtwirtschaftlicher oder gemischter Endzweck.<sup>1854</sup>

935

Durch die Zweckanbindung können die Aktionäre überdies die gesellschaftsinterne Grundlage schaffen, damit die Gesellschaftsorgane bei der Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte im Dachverband nicht in einen Konflikt mit dem Gesellschaftsinteresse geraten. Zudem wird die verbandsrechtliche Abhängigkeit gesellschaftsintern ausdrücklich legitimiert und der Respekt gegenüber nationalen

936

<sup>1853</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 153 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 461 ff. (nichtwirtschaftlicher Endzweck), N 717 ff. (gemischter Endzweck), N 846 ff. (Zweckanbindung).

<sup>1854</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 291 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 513 ff. (nichtwirtschaftlicher Endzweck) und N 740 ff. (gemischter Endzweck).

Sportinteressen statutarisch verankert. Von einer Konzernbildung ist den Aktionären insbesondere dann abzuraten, wenn damit unterschiedliche Endzwecke von Ober- und Untergesellschaft verbunden wären.<sup>1855</sup>

## IV. Andere Interessengruppen

### 1. Revisionsstelle

- 937 Der Endzweck legt fest, unter welchen Voraussetzungen Beschlüsse über die Gewinnverwendung im Sinne von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR statuten- und gesetzeskonform sind. Die Prüfung der Geschäftsführung ist aber grundsätzlich selbst dann nicht Aufgabe der Revisionsstelle, wenn erzielbarer Gewinn durch den Verwaltungsrat vorseilend zur direkten Förderzweckverfolgung verwendet wird. Abgesehen von einem statuten- und gesetzeswidrigen Gewinnverwendungsbeschluss sowie einer offensichtlichen faktischen Endzweckänderung hat der jeweilige Endzweck aber keinen Einfluss auf die Aufgaben der Revisionsstelle.<sup>1856</sup>

### 2. Gesellschaftsgläubiger

- 938 Gesellschaftsgläubiger werden in ihrer Rechtsstellung vom Endzweck grundsätzlich nicht berührt. Sie können weder gegen eine Endzweckänderung rechtlich vorgehen, noch können sie daraus zusätzliche Rechte wie bspw. ein selbständiges Klagerecht gegen fehlbare Verwaltungsräte aufgrund pflichtwidriger Bonitätsminderung ableiten. Faktisch kann eine Endzweckänderung für die Gesellschaftsgläubiger jedoch von Bedeutung sein, wenn sich dadurch das Risikoprofil der Sportaktiengesellschaft ändert. Ob ein nichtwirtschaftlicher oder ein gemischter Endzweck der Sportaktiengesellschaft aus der Perspektive der Gesellschaftsgläubiger zu begrüssen ist, kann jeder Gesellschaftsgläubiger nur für sich selbst beantworten. Zweifellos besteht jedoch ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger daran, den Endzweck der Sportaktiengesellschaft zu kennen.

### 3. Steuern

- 939 Aus steuerrechtlicher Sicht sind einerseits unentgeltliche Zuschüsse von aussen in die Sportaktiengesellschaft und andererseits nichtwirtschaftlich motivierte Zuwendungen der Sportaktiengesellschaft an Dritte wie bspw. den Nachwuchsverein von Bedeutung. Solche Vorgänge stehen im Widerspruch zum steuerrechtlichen Grundsatz «*dealing at arm's length*». Der nichtwirtschaftliche Endzweck kann die steuerrechtliche Betrachtung dabei entscheidend beeinflussen. Liegt eine unentgeltliche Disposition an Dritte im Förderinteresse, ist sie als geschäftsmässig begründeter Aufwand abzugsfähig; zudem entfällt

---

<sup>1855</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 865 ff.

<sup>1856</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 325 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 581 f. (nichtwirtschaftlicher Endzweck), N 768 (gemischter Endzweck) und N 937 (Zweckanbindung).

grundsätzlich die Problematik einer allfälligen verdeckten Gewinnausschüttung an den Aktionär, da Dividendenausschüttungen in der nichtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ausgeschlossen sind. Dies gilt – im Umfang des nichtwirtschaftlichen Teilendzwecks – auch bei der Aktiengesellschaft mit gemischtem Endzweck. Der steuerrechtliche Status der Gemeinnützigkeit ist indessen auch für eine nichtwirtschaftliche Sportaktiengesellschaft ausgeschlossen.<sup>1857</sup>

Zuwendungen von Gönnern mit Aktionärsstellung, die den Geschäftsbetrieb von Sportaktiengesellschaften finanzieren, können bei *wirtschaftlichen* Aktiengesellschaften im Einzelfall entweder als Kapitaleinlage oder als Schenkung qualifiziert werden. Dagegen sind nach der hier vertretenen Auffassung Zuwendungen von Aktionären an eine *nichtwirtschaftliche* Aktiengesellschaft jedenfalls nicht als schenkungssteuerpflichtige unentgeltliche Zuwendung zu qualifizieren.<sup>1858</sup>

Gönnerbeiträge von Nichtaktionären fallen unter das jeweilige kantonale Schenkungssteuergesetz. Sofern die Sportaktiengesellschaft auf Gönnerbeiträge angewiesen ist, empfiehlt es sich demnach generell, den namhaften Gönnern Aktionärsstellung zu verschaffen. Die Anbindung an den Dachverband – als Spezialfall eines untergeordneten Förderzwecks – zeitigt demgegenüber keine nennenswerte Wirkung auf die steuerrechtliche Situation. Schliesslich wird die ohnehin steuerrechtlich diffizile Behandlung von Konzernverhältnissen dann zusätzlich verkompliziert, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft über verschiedene Endzwecke verfügen. Von derartigen Konstrukten ist angesichts der steuerlichen Folgen abzuraten. Verfolgt eine Sportaktiengesellschaft tatsächlich sportliche statt wirtschaftliche Ziele, ist aus steuerrechtlicher Sicht ein nichtwirtschaftlicher oder zumindest ein gemischter Endzweck mit geeigneter Förderzweckformulierung zu empfehlen.<sup>1859</sup>

#### 4. Freiwilligenarbeit und Ehrenamtlichkeit

Die Schweizer Sportlandschaft ist vom Einsatz von freiwilligen und ehrenamtlichen Unterstützern geprägt. Der ideelle Motivationshintergrund solcher unentgeltlicher Einsätze verträgt sich jedoch schlecht mit dem wirtschaftlichen Endzweck einer Aktiengesellschaft. Solange keine Dividenden ausgeschüttet werden und die Aktionäre tatsächlich keine wirtschaftlichen Vorteile erlangen, sind keine praktischen Probleme ersichtlich. Wird der wirtschaftliche Endzweck jedoch realisiert, ist davon auszugehen, dass unentgeltliches Engagement fortan ausbleibt oder nicht mehr in gleichem Ausmass geleistet wird. Umgekehrt hat der nichtwirtschaftliche Endzweck einen positiven Einfluss auf Ehrenamtlichkeit und Freiwilligenarbeit. Er garantiert, dass sich keine Privaten an der Gesellschaft – und somit auch an der geleisteten Gratisarbeit – bereichern und dass der wirtschaftliche Wert dem Förderzweck zukommt. Auch ein gemischter Endzweck ist in diesem Sinne vorteilhafter als ein rein wirtschaftlicher.<sup>1860</sup>

<sup>1857</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 341 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 588 ff. (nichtwirtschaftlicher Endzweck), N 770 ff. (gemischter Endzweck) und N 877 (Zweckanbindung).

<sup>1858</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 345 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 589 ff. (nichtwirtschaftlicher Endzweck), N 771 (gemischter Endzweck) und N 877 (Zweckanbindung).

<sup>1859</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 341 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 588 ff. (nichtwirtschaftlicher Endzweck), N 770 ff. (gemischter Endzweck) und N 877 (Zweckanbindung).

<sup>1860</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 363 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 611 ff. (nichtwirtschaftlicher Endzweck), N 777 ff. (gemischter Endzweck) und N 876 (Zweckanbindung).

## 5. Sportförderung

- 943 Das Tätigkeitsfeld Sport kann Sportaktiengesellschaften zum Zugang zur Sportförderung durch die öffentliche Hand verhelfen. Eine bevorzugte Behandlung durch das Gemeinwesen kann sich entweder unmittelbar in Form von Fördermitteln oder durch eine privilegierte Behandlung bei Nutzungsgebühren und bei der Überwälzung von Sicherheitskosten ergeben. Die Sportförderung ist prinzipiell auch eine öffentliche Aufgabe und erfolgt unter Berufung auf die ideelle Natur des Sports. Begünstigt werden soll indessen nur der Förderzweck Sport und nicht das wirtschaftliche Interesse der Anteilseigner von Sportaktiengesellschaften. Ein wirtschaftlicher Endzweck steht folglich in einem Spannungsverhältnis zur Zweckgebundenheit staatlicher Sportförderung. Der nichtwirtschaftliche Endzweck vermag diese Bedenken aus dem Weg zu räumen und ist somit im Hinblick auf die Beziehung zur öffentlichen Hand für Sportaktiengesellschaften zu empfehlen. Auch ein gemischter Endzweck mit dem Förderzweck Sport kommt der Sportförderung als staatliche Aufgabe näher und ist dem rein wirtschaftlichen Endzweck vorzuziehen.<sup>1861</sup>

## 6. Dachverband

- 944 Für den jeweiligen Dachverband sind wirtschaftliche Endzwecke ihrer als Aktiengesellschaften konstituierten Mitglieder problematisch. Insbesondere die Weiterleitung von Einnahmen aus der Zentralvermarktung birgt die Gefahr, einen unzulässigen wirtschaftlichen Vereinszweck zu schaffen. Aus dem Blickwinkel des Dachverbands ist folglich ein nichtwirtschaftlicher Endzweck oder zumindest ein gemischter Endzweck der angegliederten Aktiengesellschaften begrüßenswert. Durch eine Anbindung des Gesellschaftszwecks an den Verbandszweck wird die Position des Dachverbandes bei den Sportaktiengesellschaften gestärkt. Insbesondere im Hinblick auf die Ausübung von Wahl- und Stimmrechten und bei der Besetzung von Ämtern in Verbandsgremien durch Klubvertreter können dadurch latente Interessenkollisionen entschärft werden. Der Dachverband kann zwar rechtlich keinen Einfluss auf die Endzwecke der Sportaktiengesellschaften nehmen, er kann aber faktisch den Endzweck beeinflussen, indem er die Lizenzerteilung vom Vorhandensein einer bestimmten Statutenbestimmung (bspw. eine Dividendenbeschränkung) abhängig macht.<sup>1862</sup>

## V. Schlusswort

- 945 Die eine, stereotypische Sportaktiengesellschaft gibt es nicht. Es kann durchaus vorkommen, dass die Aktionäre einer Sportaktiengesellschaft tatsächlich an rein wirtschaftlichen Zielen interessiert sind. Für solche Gesellschaften bleibt der wirtschaftliche Endzweck die einzige adäquate

---

<sup>1861</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 366 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 613 ff. (nichtwirtschaftlicher Endzweck), N 777 ff. (gemischter Endzweck) und N 876 (Zweckanbindung).

<sup>1862</sup> Siehe zum Ganzen vorne N 372 ff. (wirtschaftlicher Endzweck), N 616 ff. (nichtwirtschaftlicher Endzweck), N 781 ff. (gemischter Endzweck) und N 878 f. (Zweckanbindung).



Endzweckprogrammierung. Für die in der Praxis überwiegende Zahl der Sportaktiengesellschaften, die in erster Linie sportliche Ziele vor Augen haben, stellt der nichtwirtschaftliche oder der gemischte Endzweck eine vorteilhafte Alternative dar. Verschiedene rechtliche Probleme, die im Spannungsverhältnis zwischen der wirtschaftlich geprägten Aktiengesellschaft und der ideellen Natur des Sports gründen, lassen sich durch die geeignete Programmierung des Endzwecks entschärfen.



## **Anhang I: Zweckartikel der schweizerischen Sportaktiengesellschaften**

Zweckbeschreibungen der Sportaktiengesellschaften (Fussball: Super League und Challenge League; Eishockey: National League und Swiss League) aus dem schweizerischen Handelsregister.<sup>1863</sup> Die Aufzählung erfolgt in alphabetischer Reihenfolge.

### **Betriebsgesellschaft FCZ AG**

946

Bezweckt im Rahmen der Verbandsordnung des Schweizerischen Fussballverbandes (SFV) die Organisation und Durchführung von Fussballveranstaltungen für den Verein «Fussballclub Zürich» (FCZ), Bereitstellung von Spielerkontingenten hierfür sowie Ausübung aller Tätigkeiten, die mit diesem Zweck direkt oder indirekt im Zusammenhang stehen; kann Grundstücke erwerben und sich an anderen Unternehmen beteiligen.

### **BSC Young Boys Betriebs AG**

947

Die Gesellschaft bezweckt die Leitung, Organisation und Durchführung des Fussballbetriebs (Leistungssport) des Berner Sportclubs Young Boys, insbesondere die Durchführung der Spiele der Profifussballmannschaft. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen bzw. solche erwerben oder sich mit Unternehmen im In- und Ausland zusammenschliessen. Die Gesellschaft kann Grundstücke erwerben, halten und veräussern. Die Gesellschaft kann alle kommerziellen, finanziellen und anderen Tätigkeiten ausüben, welche mit dem Zweck der Gesellschaft im Zusammenhang stehen.

### **Eishockey Club Olten AG EHCO**

948

Führen von Eishockey-Mannschaften in allen wettspielberechtigten Kategorien. Kann alle damit zusammenhängenden Aktivitäten ausüben, insbesondere Kauf und Verkauf von Spielerrechten, Betrieb eines Restaurants sowie Handel mit Souvenirartikeln. Kann sich an anderen Unternehmungen beteiligen, gleichartige oder verwandte Unternehmen erwerben oder sich mit solchen zusammenschliessen, Liegenschaften, Wertschriften und immaterielle Güter erwerben, verwalten, vermitteln und veräussern.

### **EHC Biel Sport AG**

949

Die Gesellschaft bezweckt Durchführung, Organisation und Leitung des professionellen Spielbetriebes einer Eishockeymannschaft. Finanzielle Unterstützung und Förderung der Nachwuchsabteilung innerhalb der Organisation der EHC Biel-Gruppe. Die Gesellschaft kann sich bei anderen gleichartigen oder verwandten Unternehmen des In- und Auslandes beteiligen sowie alle Geschäfte eingehen und Verträge abschliessen, die geeignet sind, den Zweck der Gesellschaft zu fördern, oder die direkt oder indirekt damit in Zusammenhang stehen. Sie kann Liegenschaften erwerben, verwalten und veräussern.

---

<sup>1863</sup> Stand 28. Februar 2018.

950 **EHC Kloten Sport AG**

Organisation, Durchführung und Leitung des Spielbetriebes des und Ausübung von Managementaufgaben für den EHC Kloten, insbesondere Ausübung des Marketings sowie Finanz- und Personalplanung, Bereitstellung von Infrastrukturen, Organisation des Trainings, Durchführung von Transfers, Förderung und Unterstützung von Nachwuchsspielern, Organisation von Veranstaltungen, Schulungen und Seminaren, Vermarktung des Eishockeysportes im allgemeinen und Betrieb eines Hockey College; im weiteren Unterstützung von eigenen Partnerclubs sowie Partnerclubs des EHC Kloten; kann sich an Unternehmen ähnlicher Art beteiligen und Grundeigentum erwerben und veräussern.

951 **EHC Visp Sport AG**

Organisation, Durchführung und Leitung des Spielbetriebes des Eishockeyclubs EHC Visp, insbesondere in den Bereichen erste Mannschaft und Elitejunioren sowie die Erbringung von weiteren damit zusammenhängenden Dienstleistungen, inklusive Abwicklung des Transferwesens. Finanzielle Unterstützung sowie Förderung des Eishockeynachwuchses des Vereins EHC Visp. Kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften errichten und sich an anderen Unternehmen beteiligen oder sich mit diesen zusammenschliessen. Kann Grundstücke erwerben, halten und veräussern.

952 **EHC Winterthur Sport AG**

Die Gesellschaft bezweckt die Durchführung, Organisation und Leitung des professionellen Eishockeybetriebes der Nationalliga Mannschaft des Vereins EHC Winterthur und dessen Teilnahme am Spielbetrieb von Swiss Ice Hockey (SIHF), das Marketing und Merchandising, die Unterstützung des Vereins EHC Winterthur in seinem Nachwuchsbereich sowie die Wahrnehmung von Managementaufgaben, inkl. Durchführung und Organisation des Spielbetriebes und Abwicklung des Transferwesens, sowie die Förderung des Eishockeysportes im Allgemeinen. Die Gesellschaft bezweckt im Weiteren die Unterstützung von und die Zusammenarbeit mit Partnerclubs. Die Gesellschaft kann im Übrigen alle Geschäfte tätigen, welche geeignet sind, die Entwicklung des Unternehmens und die Erreichung des Gesellschaftszweckes zu fördern und zu erleichtern, sich an Unternehmen ähnlicher Art im In- und Ausland beteiligen und Grundeigentum erwerben, belasten und veräussern.

953 **EVZ Sport AG**

Organisation, Durchführung und Leitung des Spielbetriebes der ersten Mannschaft des EVZ sowie Erbringung von weiteren damit zusammenhängenden Dienstleistungen; vollständige Zweckumschreibung gemäss Statuten.

954 **F.C. LUGANO SA**

L'esercizio di attività sportive e di attività ad esse accessorie, connesse o strumentali. In particolare essa potrà organizzare e gestire squadre di calcio; amministrare i diritti di immagine; detenere, compravendere, concedere in prestito e negoziare diritti sportivi di giocatori di calcio; promuovere e organizzare eventi sportivi, gare e tornei; il tutto in armonia con le finalità e nell'osservanza delle norme e delle direttive della Associazione Svizzera di Football (ASF) e della Swiss Football League (SFL) e dei suoi organi. La società, che intende cooperare con l'associazione Football Club Lugano, potrà compiere in

via non prevalente, ogni operazione di carattere mobiliare e finanziario che fosse ritenuta utile o pertinente a promuovere e pubblicizzare la sua attività e la sua immagine, nonché quella dell'associazione Football Club Lugano, utilizzando modelli, disegni, emblemi, direttamente o a mezzo terzi. Potrà inoltre occuparsi della gestione di esercizi pubblici ubicati nel perimetro dello stadio.

#### **FC Aarau AG**

955

Durchführung, Organisation und Leitung eines Profi-Fussballspielbetriebes; die Gesellschaft kann Grundstücke erwerben, halten und veräussern, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften errichten und sich an anderen Unternehmen beteiligen.

#### **FC Basel 1893 AG**

956

Organisation, Durchführung und Leitung eines professionellen Fussballbetriebes sowie Unterhalt einer der Swiss Football League angehörenden Fussballmannschaft und weiterer Fussballmannschaften im Bereich Leistungssport, welche sich an den entsprechenden Wettbewerben unter dem Namen FC Basel oder FC Basel 1893 und unter den offiziellen Club-Farben Rot Blau beteiligen. Die Gesellschaft kann sich an anderen Unternehmen beteiligen, Lizenzen, Patente und andere immaterielle Werte sowie Grundeigentum erwerben, verwalten und veräussern.

#### **FC Luzern-Innerschweiz AG**

957

Organisation und Leitung von Profi-Fussballbetrieben in der Innerschweiz, insbesondere des Profi-Fussballbetriebes des Fussballclubs Luzern sowie Durchführung von Fussballspielen; Betrieb von Nachwuchsförderung sowie Gewährung von Darlehen an Fussballmannschaften und Fussballclubs; Verwaltung von Vermögenswerten, insbesondere Vermittlung, Erwerb, Finanzierung, Erstellung, Verwaltung oder Veräusserung von Liegenschaften; Tätigkeit von Patent- und Lizenzgeschäften; Beteiligungen.

#### **FC Rapperswil-Jona 1928 AG**

958

Leitung, Organisation und Durchführung des Fussballbetriebs des Vereins FC Rapperswil-Jona, insbesondere der 1. Mannschaft sowie aller Teams im Leistungsfussball im Aktiv- und Nachwuchsbereich, inklusive die Anstellung und Entlohnung von Spieler/innen, Trainer/innen, Betreuer/innen und die Abwicklung des Transferwesens, Erbringen von Dienstleistungen in den Bereichen Fussballmanagement, Nachwuchsförderung, Catering, Sponsoring und Marketing. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmungen beteiligen oder sich mit diesen zusammenschliessen, Lizenzen, Patente und andere immaterielle Werte sowie Grundeigentum erwerben, verwalten und veräussern.

#### **FC Schaffhausen AG**

959

Durchführung von Finanzgeschäften aller Art, Gewährung von Darlehen, Kauf, Verkauf sowie Verwaltung von Vermögenswerten und Lizenzen im Bereich des Sportes, insbesondere für den Fussballclub Schaffhausen (FC Schaffhausen).

960 **FC St. Gallen AG**

Organisation, Durchführung und Leitung eines professionellen Fussballbetriebes; die Gesellschaft unterhält eine der Swiss Football League angehörende Fussballmannschaft; kann sich an anderen Unternehmen beteiligen.

961 **FC Thun AG**

Die Gesellschaft bezweckt die Durchführung, Organisation und Leitung eines Profi-Fussballspielbetriebes. Die Gesellschaft kann alle kommerziellen, finanziellen und anderen Tätigkeiten ausüben, welche mit dem Zweck der Gesellschaft im Zusammenhang stehen. Die Gesellschaft kann Grundstücke erwerben, halten und veräussern. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen.

962 **FC Wil 1900 AG**

Leitung, Organisation und Durchführung des Spielbetriebes der ersten Mannschaft des Fussballclubs Wil 1900, inklusive Abwicklung des Transferwesens sowie Unterstützung und Förderung des Fussball-Nachwuchses des Fussballclubs Wil 1900. Die Gesellschaft kann Grundstücke erwerben, halten und veräussern, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten sowie sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen.

963 **FC Winterthur AG**

Die Gesellschaft bezweckt die Durchführung, Organisation und Leitung eines Profi-Fussballspielbetriebes. Die Gesellschaft kann Immaterialgüterrechte erwerben, veräussern und vermitteln. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen sowie alle Geschäfte tätigen, die direkt oder indirekt mit ihrem Zweck in Zusammenhang stehen. Die Gesellschaft kann im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräussern und verwalten. Sie kann auch Finanzierungen für eigene oder fremde Rechnung vornehmen sowie Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte eingehen.

964 **FC Wohlen AG**

Organisation und Leitung eines Fussballbetriebes sowie Durchführung von Fussballspielen. Sie kann Nachwuchsförderung betreiben sowie Darlehen an Fussballmannschaften und Fussballclubs gewähren. Die Gesellschaft kann sich an anderen Unternehmungen beteiligen, gleichartige oder verwandte Unternehmungen erwerben oder errichten sowie Liegenschaften erwerben, veräussern und verwalten.

965 **FOOTBALL CLUB CHIASSO 2005 SA**

La gestione e l'amministrazione di società sportive. L'organizzazione di eventi e la commercializzazione di materiale sportivo, nonché la gestione dei diritti e dell'immagine di società sportive. La detenzione, la compravendita, la concessione in prestito ed in genere la negoziazione dei diritti sportivi dei giocatori di calcio, la conclusione di contratti per il trasferimento di giocatori nonché lo sfruttamento dell'immagine di giocatori di calcio in genere. La società intende cooperare con l'associazione Football Club Chiasso con sede in Chiasso.

**GENEVE-SERVETTE Hockey Club SA**

966

gestion, exploitation et animation des activités professionnelles et commerciales d'un secteur professionnel de hockey sur glace.

**GCK Lions Eishockey AG**

967

Zweck der Gesellschaft ist die Durchführung, Organisation und Leitung des professionellen Eishockeybetriebes der Nationalliga B Mannschaft GCK Lions und der Spitzensport-Nachwuchs-Mannschaften der ZSC Lions Organisation inklusive Durchführung der Spiele und Abwicklung des Transferwesens, sowie die Förderung und Betreuung des Nachwuchses im Eishockeysport im Allgemeinen. Die Gesellschaft kann sämtliche mit dem Gesellschaftszweck zusammenhängenden Tätigkeiten entfalten. Sie kann insbesondere Beteiligungen an anderen Unternehmungen erwerben, veräussern und verwalten sowie im In- und Ausland Tochtergesellschaften oder Filialen errichten. Sie kann Grundstücke erwerben und veräussern.

**HC Ajoie SA**

968

Gérer le club de hockey sur glace HC Ajoie. La société peut effectuer toutes opérations commerciales et financières, mobilières et immobilières, en rapport direct ou indirect avec son but social ou aptes à le favoriser. Elle peut établir des succursales et créer des filiales.

**HC Fribourg-Gottéron S.A.**

969

encourager et développer la pratique du hockey sur glace et le hockey in-line en mettant l'accent sur la formation des jeunes, le sport de compétition ainsi que promouvoir le hockey sur glace et le hockey in-line comme activité de loisir, poursuivre et développer les activités du Hockey-Club Fribourg-Gottéron, fondé le 1er décembre 1938, en constituant et maintenant dans le canton de Fribourg une équipe de hockey sur glace de haut niveau, diffuser dans le public une image positive du hockey sur glace et du hockey in-line afin de susciter et d'entretenir un large soutien populaire en faveur de ce sport en général et du HC Fribourg-Gottéron en particulier, favoriser dans la pratique du hockey des comportements et des attitudes de faire-play, entretenir entre les équipes, les hockeyeurs de tous niveaux, les supporters et le public des relations de sympathie, d'amitié et de camaraderie.

**HCC La Chaux-de-Fonds SA**

970

exploitation d'une équipe de hockey sur glace professionnelle; encouragement et promotion du hockey sur glace dans les montagnes Neuchâteloises, par extension dans le Canton de Neuchâtel et l'Arc jurassien, spécialement la promotion des juniors, la compétition ainsi que le hockey sur glace en tant que sport de loisir; propagation d'une image positive du hockey sur glace par la publicité, afin de susciter un large soutien de la population pour ce genre de sport dans la région concernée; encouragement à la pratique d'un sport fair-play, par l'amitié, la camaraderie, la sympathie entre les équipes, les joueurs de tous niveaux, les donateurs et le public.

971 **Hockey Club Ambri Piotta SA**

La gestione finanziaria, contabile e amministrativa, nonché la ricerca di capitali e sponsor per il finanziamento e la gestione di tutte le attività per il raggiungimento degli obiettivi sociali intesi a promuovere attività sportive, in particolare il gioco del disco su ghiaccio ed il pattinaggio, di contribuire al perfezionamento e allo sviluppo dell'educazione fisica e di attuare un'opera di propaganda per la regione. La società può partecipare ad altre società aventi scopo analogo in Svizzera e all'estero.

972 **Hockey Club Biasca SA**

La gestione finanziaria, contabile e amministrativa, nonché la ricerca di capitali e sponsor per il finanziamento e la gestione di tutte le attività per il raggiungimento degli obiettivi sociali intesi a promuovere il gioco del disco su ghiaccio, segnatamente per la gestione di una squadra iscritta e che milita in Lega Nazionale B nel campionato di hockey su ghiaccio svizzero, con il nome di "HC Biasca Ticino Rockets", che promuova e funga da polo di formazione per i giovani provenienti principalmente dalle società ed associazioni che operano nel Canton Ticino con possibilità di integrare altri giocatori provenienti da altre realtà sportive, al fine di contribuire al perfezionamento e allo sviluppo sportivo nonché della formazione scolastica e professionale dei giovani, in stretta collaborazione con tutti gli attori presenti sul territorio cantonale ed in particolare delle squadre che militano in Lega Nazionale A, così come le altre società sportive e la Federazione Ticinese di Hockey su Ghiaccio.

973 **Hockey Club Davos AG**

Erwerb, Halten sowie Verwaltung von Beteiligungen. Die Gesellschaft kann auch selbst eine Eishockey-Mannschaft in Davos betreiben und alle damit verbundenen Tätigkeiten, einschliesslich des Betriebs eines Eisstadions, ausüben. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen, sie kann Grundstücke erwerben, veräussern und verwalten sowie alle mit ihrem Zweck direkt oder indirekt zusammenhängenden kommerziellen und finanziellen Transaktionen durchführen.

974 **Hockey Club Lugano SA**

La gestione sportiva, finanziaria, contabile e amministrativa di ogni attività connessa con la/le squadra/e dell'Associazione Hockey Club Lugano e la squadra Juniores Elite dell'Hockey Club Lugano come pure la ricerca di capitali e sponsor per il finanziamento di tali attività e per il raggiungimento degli obiettivi sociali dell'Associazione Hockey Club Lugano, in particolare la promozione a tutti i livelli del gioco del disco su ghiaccio. La società può partecipare ad altre società aventi scopo analogo. La società può estendere la cerchia delle proprie attività per il perseguimento del suo scopo sociale alla gestione di uno o più esercizi pubblici e/o mescite.

975 **Lakers Sport AG**

Organisation, Durchführung und Leitung eines professionellen Eishockey-Spielbetriebs und den damit verbundenen Dienstleistungen, wie Gastro und Freizeitanlässe, Förderung des Eishockeys allgemein und insbesondere Ausbildung und Förderung des Eishockey-Nachwuchses in der Region Rapperswil-Jona. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland



errichten, sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen sowie Grundstücke erwerben, halten und veräussern.

### **Lausanne Hockey Club SA**

976

favoriser et développer la pratique du hockey sur glace; former la jeunesse à ce sport; participer à des compétitions et mettre sur pied des spectacles et événements socio-culturels en rapport avec la pratique du hockey sur glace.

### **LS - Vaud foot SA**

977

Pratique du football et exploitation d'un club regroupant les meilleurs talents du canton de Vaud.

### **Neuchâtel Xamax 1912 SA**

978

exploitation d'équipes de football professionnelles, engagement et transfert de joueurs, organisation de manifestations sportives ou non sportives, mise en place de cours et stages de football; encouragement et promotion du football dans le Canton de Neuchâtel, également en tant que sport de loisir; encouragement d'une pratique footballistique fair-play (pour but complet, cf. statuts).

### **Grasshopper Fussball AG**

979

Zweck der Gesellschaft ist die Durchführung, Organisation und Leitung des Fussball-Spielbetriebs (Leistungssport) des Vereins Grasshopper-Club Zürich. Die Gesellschaft kann sich an anderen Unternehmen beteiligen, Grundstücke erwerben, veräussern und verwalten, Garantien abgeben sowie Immaterialgüterrechte erwerben, verwalten und veräussern.

### **OLYMPIQUE DES ALPES SA**

980

exploitation et animation d'une activité professionnelle de football comprenant une équipe professionnelle et le football d'élite tel que défini par l'ASF et la LN, à l'exclusion de l'activité du secteur dit amateur; organisation et gestion de manifestations sportives payantes, conclusion de contrats de sponsoring, de merchandising et de publicité, ainsi que toute autre activité liée directement ou indirectement avec le football professionnel.

### **SC Langenthal AG**

981

Organisation, Durchführung und Leitung des Spielbetriebes mindestens einer Aktivmannschaft inklusive Durchführung der Spiele und Abwicklung des Transferwesens. Ferner finanzielle Unterstützung sowie Förderung des Eishockey-Nachwuchses des Vereins «Schlittschuhclub Langenthal», in Langenthal. Die Gesellschaft kann Liegenschaften kaufen, verwalten und veräussern. Ein allfälliger Nebenzweck ist aus den Statuten ersichtlich.

### **SCB Eishockey AG**

982

Durchführung, Organisation und Leitung des professionellen Spielbetriebes einer Eishockeymannschaft inklusive Durchführung der Spiele und Abwicklung des Transferwesens; sie bezweckt ferner die

finanzielle Unterstützung sowie die Förderung des Eishockey-Nachwuchses des Vereins SCB-Eishockey-Sektion, Bern; sie kann sich an andern Unternehmungen beteiligen und Grundstücke erwerben.

983 **SCL-TIGERS AG**

Organisation, Durchführung und Leitung des professionellen Spielbetriebes einer Eishockey-Mannschaft inklusive Durchführung der Spiele und Abwicklung des Transferwesens. Ferner: finanzielle Unterstützung sowie Förderung des Eishockey-Nachwuchses des Vereins Schlittschuh-Club Langnau, Langnau. Kann Grundstücke erwerben, halten und veräussern. Ein allfälliger Nebenzweck ist aus den Statuten ersichtlich.

984 **SERVETTE FOOTBALL CLUB 1890 SA**

Toutes activités liées au sport et plus spécialement au football (cf. statuts pour but complet).

985 **The Hockey Academy AG**

Organisation, Durchführung und Leitung einer Academy zur ganzheitlichen Förderung von talentierten Eishockeyspielern; vollständige Zweckumschreibung gemäss Statuten.

986 **Thurgauer Eishockey AG**

Förderung und Verbreitung des Eishockeysports, sowohl den Breiten- als auch Spitzensport, vor allem im Kanton Thurgau, sowie Kooperation und Unterstützung von Hockey-Teams und Vereinen im Bereich Ausbildung und Sponsoring. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen. Sie kann im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräussern und verwalten, Finanzierungen für eigene oder fremde Rechnung vornehmen sowie Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte eingehen.

987 **ZLE Betriebs AG**

Durchführung, Organisation und Leitung des professionellen Eishockeybetriebes des Zürcher Schlittschuh-Club und der Eishockey Sektion des Grasshopper Club Zürich inklusive Durchführung der Spiele und Abwicklung des Transferwesens sowie Förderung und Betreuung des Nachwuchses im Eishockeysport; kann sich an anderen Unternehmen beteiligen sowie Grundstücke erwerben und veräussern.





## **Lebenslauf**

Nach meiner Gymnasialzeit am Kunst- und Sportgymnasium Zürich-Rämibühl studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und schloss 2010 mit dem Lizentiat ab. Anschliessend war ich über mehrere Jahre als Substitut und juristischer Mitarbeiter in einer kleinen, auf Wirtschaftsrecht ausgerichteten, Kanzlei tätig, bevor ich 2015 das Zürcherische Anwaltspatent erwarb. Von 2015 bis 2019 arbeitete ich zunächst in einer kleinen, und danach in einer grossen, internationalen Wirtschaftskanzlei. Derzeit bin ich als Inhouse Counsel in einem internationalen Konzern tätig.

Neben meiner akademischen und juristischen Berufslaufbahn war ich von 2001 bis 2015 als Berufseishockeyspieler für den EHC Kloten tätig (2010 bis 2015 als Mannschaftskapitän) und durfte mit der Schweizer Nationalmannschaft die Schweiz an zwei A-Weltmeisterschaften vertreten. Derzeit bin ich Präsident des EHC Kloten Nachwuchsvereins.